



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL

ISSN: 2036-2528

Gianluca Maria Esposito

**Contratto d'appalto dei servizi legali
e contratto d'opera professionale.
Il diverso regime di affidamento**

Numero XI Anno 2018

www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile

Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno).

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Camapania L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciunglio (Univ. Torino)

Redazione

P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), N. Donadio (Univ. Milano)

Comitato dei Referees

F. Amarelli, A. Calore, R. Cardilli, D. Centola, A. Cernigliaro, G. Coppola, T. Dalla Massara, L. De Giovanni, I. Del Bagno, I. Fargnoli, V. Ivone, L. Labruna, P. Lambrini, A. Lovato, L. Maganzani, F. Mancuso, G. Matino, F. Mercogliano, A. Palma, F. Procchi, S. Puliatti, F. Reduzzi Merola, M. Robles, M. Squillante, A. Torrent, G.P. Trifone, A. Tucci, P. Ziliotto.

Segreteria di Redazione

G. Crescenzo, C. De Cristofaro, P. Pasquino

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro
Via R. Morghen, 181
80129 Napoli, Italia
Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

Inscr. Cam. Comm. N° 04552920482 – P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

Come Collaborare

I contributi, conformi ai criteri di citazione indicati sul sito web della rivista, non superiori ai 98.000 caratteri, dovranno essere inviati all'indirizzo di posta elettronica della Redazione con l'indicazione della qualifica, della città e della nazione di residenza degli Autori (sede universitaria o Foro di appartenenza o Distretto notarile) e, se si desidera, dell'indirizzo di posta elettronica (che verrà pubblicato in calce al contributo). Gli autori sono invitati a inviare alla Rivista, insieme con il testo da pubblicare, due 'abstract', di cui uno in lingua diversa da quella del contributo, e 'parole chiave' nelle due lingue.

'Teoria e storia del diritto privato' subordina la pubblicazione dei contributi che pervengono alla Redazione alla sola approvazione da parte del Comitato scientifico, che si riserva di escludere dalla pubblicazione gli articoli che non risulteranno in linea con il programma scientifico della Rivista. Tuttavia, in considerazione dei nuovi parametri introdotti dalle Sedi universitarie per la valutazione dei lavori scientifici e per l'accreditamento, se l'Autore ne fa richiesta, ciascun saggio pervenuto alla Rivista può essere valutato da due Referees. I Referees sono Colleghi cui la Direzione e il Comitato scientifico della Rivista – in attenta considerazione sia del settore scientifico-disciplinare cui risulta riferibile il saggio da valutare, sia della professione dell'Autore – chiedono di effettuare un processo di valutazione anonimo, inviando con e-mail l'articolo, privo del nome dell'Autore e di tutti i riferimenti alla sua identità (si invitano perciò gli Autori interessati alla valutazione dei Referees a far pervenire alla Redazione due files del saggio, di cui uno risulti privo di ogni riferimento alla propria identità). Nella fase della valutazione, pertanto, i Referees non conoscono l'identità dell'Autore e, a sua volta, l'Autore non conosce l'identità dei Referees che valutano il suo contributo (c.d. doppio cieco, *double blind*). Tuttavia, per la trasparenza del procedimento, nell'anno successivo alla pubblicazione on line del saggio, la Rivista comunica mediante pubblicazione l'identità dei Referees. La Direzione della Rivista riceve da ciascun Referee una relazione (*report*), che viene inviata con e-mail all'altro Referee e all'Autore. Dopo aver esaminato le due relazioni dei Referees, il Direttore responsabile e il Comitato scientifico decidono se pubblicare il saggio, o respingerlo, o richiederne una revisione (in tale ultimo caso la nuova versione viene inviata ai Referees per un secondo giudizio). Ai fini della pubblicazione, il giudizio dei Referees non è vincolante, perché la Direzione e il Comitato scientifico decidono in ultima istanza se pubblicare l'articolo o rifiutarlo, soprattutto qualora si verifichi una divergenza di opinione tra i Referees. Il *report* dei Referees consiste in un commento, schematico o in forma discorsiva, composto di due parti. Nella prima parte si espone un giudizio sui seguenti punti: 1) Attinenza del tema trattato alle finalità della Rivista; 2) Originalità o rilevanza della trattazione; 3) Correttezza del metodo e coerenza delle argomentazioni; 4) Attenzione critica per la letteratura sul tema trattato; 5) Livello di comprensibilità da parte dei lettori della Rivista (accademici e professionisti). Nella seconda parte del *report*, il Referee giudica il lavoro come: a) pubblicabile, oppure b) non pubblicabile, oppure c) pubblicabile con modifiche (specificandole).

Sarà cura della Redazione della Rivista comunicare all'indirizzo di posta elettronica degli Autori l'accettazione del contributo e la data di pubblicazione dello stesso.

'Teoria e storia del diritto privato' è una rivista a formazione progressiva: i contributi, pertanto, previa approvazione del Comitato scientifico, verranno inseriti nel sito in corso d'anno, circa 60 gg. dopo l'arrivo in Redazione.

CONTRATTO D'APPALTO DEI SERVIZI LEGALI E CONTRATTO D'OPERA PROFESSIONALE. IL DIVERSO REGIME DI AFFIDAMENTO

SOMMARIO: 1. Inquadramento generale – 2. Appalto dei servizi legali e contratto d'opera professionale – 3. La successione tra vecchia e nuova disciplina nel Codice dei Contratti Pubblici – 4. La diversità dei beni e interessi giuridici protetti dall'ordinamento mediante le due fattispecie – 5. Segue. La differente disciplina del rischio – 6. L'erogazione del servizio in forma diretta come alternativa alla esternalizzazione attraverso la procedura ad evidenza pubblica – 7. Ulteriori ragioni del differente regime giuridico dei due contratti: le nozioni di servizio legale e affari legali – 8. Segue. Le *species* di opere intellettuali nella disciplina dei contratti pubblici – 9. Le linee guida dell'ANAC sull'affidamento dei servizi legali alla luce delle indicazioni della Commissione Speciale del Consiglio di Stato.

1. *Inquadramento generale*

La problematica dei servizi sociali nasce e si ricollega al grande dibattito del secolo scorso tra le diverse correnti del pensiero politico sull'organizzazione dello Stato e sulle modalità con le quali garantire tutela ai bisogni collettivi emergenti dal contesto sociale¹.

Secondo il Trattato CE, l'affidamento ai privati di tali servizi merita tutela, in ossequio al principio di sussidiarietà orizzontale, in quanto l'iniziativa economica privata, se esercitata nel rispetto

¹ In argomento si veda l'interessante contributo di C. VARRONE, *Un ossimoro duro a morire: il preteso obbligo delle p. a. di conferire la consulenza legale con le stesse modalità procedurali previste per l'aggiudicazione del contratto d'appalto del servizio legale ('rectius': degli affari legali)*, in *Giust.Amm.it*, 2018, fasc. 4, 1 ss.

del principio di parità di trattamento, di efficacia e di efficienza, è ritenuta pienamente idonea al soddisfacimento dei bisogni collettivi, al pari degli apparati pubblici aventi la medesima finalità.

La *weltanschauung* che ne è a fondamento è opposta a quella che, agli inizi del secolo scorso, portò all'attrazione nell'orbita pubblicistica del nostro Stato, da pochi lustri divenuto unitario, di enti ed istituzioni, come le casse di risparmio e gli enti di assistenza e beneficenza, sorti in alcuni Stati preunitari, su iniziativa di privati cittadini, per agevolare l'integrazione sociale degli appartenenti al c.d. quarto Stato, immortalati da Filippo da Volpedo nel suo celebre dipinto.

Solo a distanza di un secolo da tali mutamenti, la Corte Costituzionale restituì gli enti di assistenza e beneficenza agli aventi causa di coloro che ne avevano promosso la nascita e favorito la loro crescita e, a distanza di qualche anno, il parlamento, su iniziativa del governo Amato, procedette alla privatizzazione degli enti creditizi, affidandone il controllo alle fondazioni bancarie nate, a loro volta, come Minerva dalla testa di Giove.

Anche l'affidamento sul mercato dei contratti d'appalto dei servizi di cui all'all. II B del codice dei contratti pubblici d.lgs. n. 163/2006, oggi all. IX del nuovo codice d.lgs. n. 50/2006, rinviene la sua giustificazione metagiuridica nel convincimento che tali servizi, se gestiti da imprenditori in modo imparziale, efficace ed efficiente, sono egualmente adatti a realizzare il soddisfacimento dei bisogni collettivi menzionati in tali allegati.

La Direttiva appalti n. 24/2014, trasfusa nel codice dei contratti pubblici n. 50/2016, ha chiarito in modo molto più esplicito la sostanziale diversità rispetto all'organizzazione in forma imprenditoriale dei servizi fondamentali, precisando nel Considerando n. 23 che, in taluni Stati, essi sono organizzati sotto forma di apparati pubblici finalizzati alla realizzazione degli interessi collettivi mediante l'esercizio di pubblici poteri, in base ad

una scelta rimessa alla sovranità statale. Poiché nel nostro ordinamento interno i servizi amministrativi sono in larga parte organizzati in forma di servizio pubblico, è questione di capire in che misura e a quali condizioni le pubbliche amministrazioni sono legittimate ad affidare a privati il contratto di appalto dei servizi legali.

2. *Appalto dei servizi legali e contratto d'opera professionale*

L'allegato IX del Codice del 2016, al pari dell'all. II B di quello previgente, indica tra i servizi assoggettati alla disciplina degli artt. 20 e 27, unitamente ai servizi legali, i servizi sanitari e sociali. Nell'insieme, tutte attività suscettibili di essere esercitate, alternativamente, sia sotto forma imprenditoriale, mediante il contratto d'appalto, sia all'interno di un rapporto fiduciario *intuitu personae*, mediante la conclusione di un contratto d'opera intellettuale.

Al fine di evitare improprie commistioni tra istituti giuridici diversi, è perciò necessario muovere dalla pregiudiziale ricognizione degli interessi in rilievo a seconda se si faccia ricorso all'appalto, oppure al contratto d'opera intellettuale disciplinato sia dagli artt. 2222 e seguenti cod. civ., sia dalla l. n. 631/1941 in tema di diritto d'autore.

Ai fini di una corretta delimitazione tra i due negozi giuridici, è utile considerare la disciplina dei servizi sanitari e sociali, dei quali è frequente l'affidamento a favore di società commerciali o imprenditori individuali, in possesso dei requisiti previsti dalla normativa dei contratti pubblici per l'affidamento di un contratto d'appalto, senza necessità che si tratti di medici. Atteso il loro assoggettamento alla disciplina dettata per tutti gli altri servizi inseriti nei citati allegati, un analogo ragionamento vale per quanto

riguarda i servizi legali, allorché essi sono prestati a favore di una pubblica amministrazione mediante la conclusione di un contratto d'appalto. In proposito, giova ricordare che il Consiglio di Stato, con riferimento all'affidamento di servizi legali da parte degli enti locali, ha ravvisato la sussistenza di un *quid pluris* caratterizzante il contratto d'appalto sotto il profilo dell'organizzazione, della continuità e della complessità. In particolare, la giurisprudenza ha precisato che l'affidamento di servizi legali è configurabile allorquando l'oggetto del servizio sia più ampio del mero patrocinio legale a favore dell'ente, presentandosi con modalità organizzative più complesse e articolate, che possono anche comprendere la difesa giudiziale, senza esaurirsi in questa².

L'elemento di specialità deve essere rinvenuto nella modalità organizzativa che l'affidatario dell'incarico è tenuto ad apprestare al fine di soddisfare la prestazione oggetto dell'obbligazione. È questo il punto di divisione tra le due categorie, atteso che l'incarico difensivo integra un contratto d'opera intellettuale, quale *species* del contratto di lavoro autonomo. Rispetto a quello di appalto, il contratto d'opera ha una diversa funzione economico-sociale, avendo ad oggetto unicamente la prestazione di un bene immateriale di cui è in possesso il professionista, che è costituito dall'apporto di conoscenze scientifiche o giuridiche³. Pertanto la

² Cons. St., sez. V, 11 maggio 2012, n. 2730, in www.giustizia-amministrativa.it.

³ Sulla nozione di professionista e sul connesso regime di responsabilità: V. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, *passim*; G. IANNUZZI, *Le professioni intellettuali e il contratto di prestazione d'opera intellettuale*, Milano, 1980, *passim*; V. FORTINO, *La responsabilità del professionista. Aspetti problematici*, Milano, 1984, *passim*; F. GALGANO, *Professioni intellettuali, impresa, società*, in *Contratto e impresa*, 1991, 4; M. ZANA, voce *Responsabilità del professionista*, in *Enc. giur. Treccani*, 27, Roma, 1991, 4; N. ASSINI – G. MUSOLINO, *Esercizio delle professioni intellettuali. Competenze ed abusi*, Padova, 1994, *passim*; A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, Milano, 1996, *passim*; V. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, in *Trattato di*

sua prestazione è di natura intellettuale⁴, senza alcuna assunzione del rischio di natura imprenditoriale⁵, che invece connota in modo assorbente il contratto di appalto nella sua tipica struttura come delineata dall'art. 1655 cod. civ.

3. *La successione tra vecchia e nuova disciplina nel Codice dei Contratti Pubblici*

diritto civile e commerciale, diretto da A. Cicu e F. Messineo, 27, t. 1, Milano, 1996; P. CENDON, *Commentario al codice civile. Artt. 2135-2246: Impresa agricola, imprese commerciali, lavoro autonomo, professioni intellettuali*, Milano, 2009, *passim*; R. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, Padova, 2002, 257; P. STANZIONE, *La responsabilità civile del professionista*, in *Danno e Responsabilità*, n. 1, 2007, 5 ss.; C. MAZZÙ, *La disciplina delle professioni nella transizione verso il mercato unico europeo*, Torino, 2012; S. SICA – P. STANZIONE, *Professioni e responsabilità civile*, Bologna, 2006, *passim*.

⁴ Sulla differenza tra il carattere intellettuale delle attività disciplinate negli artt. 2229 cod. civ. e ss., e quello presente in tutte le attività lavorative, si veda D. MARINELLI – E. BARDELLI, *La responsabilità civile del professionista*, Unagraco Bari, Cesi Multi Media, MySolution LivingBook, in <http://unagracobari.it/image/Documenti/Ebook.pdf>, nel senso di un *quid pluris* consistente nel significativo ruolo svolto dall'intelligenza e dalla cultura, volta all'uso di cognizioni tecniche e scientifiche nell'esecuzione della prestazione professionale, ivi AUGUSTO BALDASSARRI – S. BALDASSARRI, *La responsabilità civile del professionista*, Milano, 2006, 5. Secondo la giurisprudenza, trattasi di elemento qualificante quando il contratto con il cliente ha ad oggetto il servizio intellettuale (Cass. 14 aprile 1983, n. 2542, in GI, 1983).

C. ROMEO, *Mancata iscrizione all'albo professionale e nullità del contratto di prestazione d'opera intellettuale*, in *I Contratti*, 2008, n. 3, 274 (nota a Cass. civ. 12 dicembre 2007 sez. II, n. 21495). Da ultimo G. MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, artt. 2229 – 2238, in *Comm. c.c.* P. SCHLESINGER – F.D. BUSNELLI, Milano, 2014, 130.

⁵ Sul rischio in generale nei contratti pubblici C. VARRONE, *La ripartizione del rischio nel contratto di affidamento al contraente generale per la realizzazione dell'opera pubblica*, in *Arch. Giur. Opere pubbliche*, 2013, 360 ss.

Al di fuori dei casi in cui per legge o per regolamento l'amministrazione è tenuta a gestire il servizio legale, rientra nella sua discrezionale valutazione prevedere che esso venga svolto da uno o più professionisti in forma imprenditoriale. In questo caso è necessario che tale scelta si concretizzi mediante l'attivazione di una procedura di evidenza pubblica nella quale sia espressamente prevista la formulazione di specifiche tecniche.

La scelta del contraente, anche in tale ipotesi, deve seguire le regole di trasparenza, non discriminazione e pubblicità⁶.

Già il d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157, di '*Attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi*', nell'all. II indicava una serie di servizi, tra cui quelli "legali", ai quali non si applicava l'intera disciplina ma solo sue alcune disposizioni⁷.

Da un quarto di secolo, si è inteso in tal modo regolare l'affidamento ad uno studio professionale, per un periodo prestabilito nel contratto d'appalto, degli affari seriali di un

⁶ G. MILIZIA, *Appalto nei servizi legali: i paletti del Tar Sicilia*, in *Diritto&Giustizia*, 2017, fasc. 26 (nota a T.A.R. Palermo, Sez. III, 06 febbraio 2017, n. 334).

⁷ Cons. St., sez. V, 11 maggio 2012, n. 2730/2012, in *www.giustizia-amministrativa.it* secondo cui «si applicavano le disposizioni del d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157, riguardanti: l'eventuale pubblicazione dell'avvenuta aggiudicazione (art. 8, comma 3); l'obbligo per l'amministrazione aggiudicatrice di definire le 'specifiche tecniche' del servizio nei capitoli d'oneri o nei documenti contrattuali relativi a ciascun appalto (art. 20), obbligo quest'ultimo, soggetto peraltro a deroghe (art. 21)». Come osserva il Consiglio di Stato nella sentenza in esame, tutta una serie di servizi erano poi esclusi, in via integrale, dall'assoggettamento alle norme del decreto. Nell'ottavo 'considerando' delle premesse alla direttiva 1992/50/CE, trasfusa nel d.lgs. n. 157/1995, era precisato che «la prestazione di servizi è disciplinata dalla presente direttiva soltanto quando si fonda su contratti d'appalto; nel caso in cui la prestazione del servizio si fonda su altra base, quali leggi o regolamenti ovvero contratti di lavoro, detta prestazione esula dal campo d'applicazione della presente direttiva».

determinato settore o dell'intero settore di sua competenza, sempre che ciò non confligga con le leggi, i regolamenti e i contratti dello Stato membro. La relativa gestione assume dimensioni imprenditoriali perché presuppone, al pari di ogni altra ipotesi di appalto, la predisposizione e la gestione a proprio rischio da parte del professionista imprenditore dell'apparato di supporto per lo svolgimento dell'attività di rilevanza giuridica scaturente da una determinata attività dell'organismo di diritto pubblico⁸. In questi casi è perciò l'amministrazione che deve assicurarsi che il professionista, oltre a possedere l'esperienza professionale adeguata per svolgere l'attività giudiziale o stragiudiziale richiesta, sia in grado di offrire le necessarie garanzie di organizzare il servizio legale in modo efficace ed efficiente, così com'è espressamente richiesto dagli artt. 27 e 68, in conformità alla specifiche tecniche in essi previste e nel rispetto dei principi di imparzialità, di economicità e di trasparenza richiamati nella prima delle due disposizioni.

A differenza di quanto accade nel contratto d'opera professionale⁹, in questo caso le parti debbono 'contrattualizzare' nel capitolato d'oneri le modalità con le quali il servizio sarà prestato, nel rispetto dei richiamati principi, nonché fornire indicazioni puntuali sia sul personale amministrativo che verrà utilizzato, sui collaboratori che saranno adibiti per il suo svolgimento, se in via esclusiva o *part time*, sia sui mezzi e sulle attrezzature che saranno impiegati, indicando in questi casi quanto

⁸ M. MACCHIA, *La regolamentazione degli affidamenti da parte dei concessionari*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2018, fasc. 1, 153.

⁹ V. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, in *Tratt. Dir. Civ. e Comm.*, continuato da L. MENGONI, a cura di A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1996, 382; F. GALGANO, *Professioni intellettuali, impresa, società*, in *Contr. impr.*, 1991, 4; V. IBBA, *La categoria «professione intellettuale»*, in *Le professioni intellettuali*, *Giur. Sist. Dir. Civ. Comm.*, Torino, 1987, 20.

previsto dal citato art. 68 con riferimento alle specifiche tecniche. Anche i locali destinati allo svolgimento del servizio dovranno essere forniti dei requisiti previsti per legge relativi alla sicurezza, alla salute, ai «*criteri di accessibilità dei soggetti disabili, di una progettazione adeguata per tutti gli utenti, della tutela ambientale*» (art. 68 d.lgs. 50/2016)¹⁰. È solo in presenza di tali modalità di prestazione del servizio che si determina l'effetto tipico del contratto d'appalto, ovvero l'accollo del rischio in capo al professionista, requisito essenziale per qualificare il rapporto alla stregua di un contratto di appalto. Di conseguenza, non potrà essere richiesta la revisione del prezzo pattuito con l'amministrazione al momento dell'affidamento del servizio, e il professionista sarà tenuto a farsi carico delle maggiori spese che eventualmente si verificheranno nel corso della gestione. Del pari, se il professionista avrà dimensionato il servizio in termini di personale, di attrezzature e di collaboratori sulla base di una stima in eccesso, le conseguenze economiche collegate al verificarsi di un contenzioso minore ricadranno interamente su di lui, atteso che nel contratto d'appalto la direzione e la responsabilità dell'obbligazione di risultato fa capo all'imprenditore, mentre all'amministrazione residuano soli compiti di vigilanza e controllo. Attraverso l'esercizio di tali poteri

¹⁰ In particolare, nel caso di appalti pubblici di servizi o di forniture, per specifiche tecniche si intendono le specifiche contenute in un documento, che definiscono le caratteristiche richieste di un prodotto o di un servizio, tra cui i livelli di qualità, i livelli di prestazione ambientale e le ripercussioni sul clima, una progettazione che tenga conto di tutte le esigenze (compresa l'accessibilità per le persone con disabilità) e la valutazione della conformità, la proprietà d'uso, l'uso del prodotto, la sicurezza o le dimensioni, compresi i requisiti applicabili al prodotto quali la denominazione di vendita, la terminologia, i simboli, il collaudo e i metodi di prova, l'imballaggio, la marcatura e l'etichettatura, le istruzioni per l'uso, i processi e i metodi di produzione ad ogni stadio del ciclo di vita della fornitura o dei servizi, nonché le procedure di valutazione della conformità (punto 1, all. XIII, d.lgs. 50/2016).

l'amministrazione, come in qualsiasi altro contratto d'appalto di servizi, lavori o fornitura, è in grado di verificare che l'adempimento degli obblighi a carico della controparte avvenga in conformità a quanto pattuito.

Ora, rispetto alla previgente disciplina, quella introdotta dal nuovo codice si arricchisce della nota in calce all'all. IX, ove si precisa che «*tali servizi non rientrano nell'ambito di applicazione del presente codice se sono organizzati in quanto servizi non economici di interesse generale*». In questo modo è affermato il discrimine tra l'attività pubblicistica dell'amministrazione e quella suscettibile di essere svolta, in sua vece, da parte di privati in forma imprenditoriale. Pertanto, detta incompatibilità trova la sua ragion d'essere nella fondamentale distinzione tra servizi non economici, quali sono quelli di interesse generale, perché svolti nell'esercizio dei pubblici poteri, e servizi svolti in forma imprenditoriale¹¹. Tale richiamo è utile anche a differenziare l'appalto dei servizi legali e il contratto d'opera intellettuale per l'assistenza legale, perché ricorre la seconda ipotesi ogni volta che la prestazione assuma un carattere fortemente personale, ed abbia come sua esclusiva finalità quella di fornire un apporto di conoscenze giuridiche, ancorché a fronte di un corrispettivo economico. Anche in tal caso, la prestazione legale conserva le sue connotazioni originarie di attività squisitamente intellettuale. Come si vedrà più avanti, occupandosi della materia l'ANAC, di recente, ha precisato che qualora la stazione appaltante affidi la gestione del contenzioso in modo continuativo o

¹¹ Tale aspetto è puntualmente ricostruito da C. VARRONE, *Un ossimoro duro a morire*, cit., 2, ad avviso del quale «in alcuni Stati, tra cui l'Italia, taluni servizi ritenuti per legge necessari per la realizzazione di fondamentali esigenze della collettività sono organizzati sotto forma di servizi non economici di utilità generale (di seguito, servizi pubblici), nel senso che spetta in questi casi all'amministrazione pubblica organizzare il servizio necessario per soddisfare tali esigenze».

periodico, l'affidamento dei servizi legali integra la forma tipica del contratto di appalto, con conseguente applicabilità dell'all. IX e degli artt. 140 ss. del d.lgs. 50/2016. Viceversa, l'incarico conferito *ad hoc* costituisce un contratto d'opera professionale, consistendo nella trattazione della singola controversia o questione, ed è sottoposto al regime di cui all'art. 17¹².

4. La diversità dei beni e interessi giuridici protetti dall'ordinamento mediante le due fattispecie

Nell'art. 20 del previgente Codice si fa riferimento sia al contratto d'appalto, la cui funzione economico sociale consiste nella produzione di beni e servizi appartenenti alla realtà economica, sia al servizio legale, vale a dire ad un bene immateriale protetto in quanto opera d'ingegno, oltre che dal codice civile allorché l'attività è svolta come professione intellettuale¹³.

Le difficoltà interpretative emerse nell'esame della citata disposizione vanno ascritte anzitutto al fatto che il legislatore comunitario, con la direttiva n. 17/2004, ha inteso estendere ad un bene immateriale come l'assistenza legale, nei limiti in cui ciò era compatibile con la natura giuridica del bene protetto, la disciplina riservata alle procedure di evidenza pubblica per la conclusione di contratti d'appalto di pubblici servizi, che hanno ad oggetto la

¹² Si vedano le Linee guida n. 12 dell'ANAC, approvate con delibera n. 907 del 24 ottobre 2018.

¹³ L'art. 20, comma 1, del previgente cod. n. 163/2006 disponeva che «L'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'all. II B è disciplinata esclusivamente dall'art. 68 (specifiche tecniche), dall'articolo 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento), dall'art. 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati)».

produzione e/o la commercializzazione di beni di natura economica.

La *ratio* ispiratrice di tale disciplina, al pari delle altre norme in tema di stipula di contratti pubblici di appalto o di concessione, va ricercata nella tutela della concorrenza, tenuto conto che la posizione dominante¹⁴ occupata dalle pubbliche amministrazioni nei mercati di riferimento ha indotto da tempo il legislatore comunitario a dettare modalità di svolgimento delle procedure di affidamento finalizzate a tutelare la parità di trattamento tra gli operatori economici.

La distinzione tra beni materiali di natura economica e beni immateriali è fondamentale nell'ottica dell'esatto inquadramento di tale problematica, per l'assorbente considerazione che la tutela della concorrenza ha ad oggetto unicamente la prima categoria di beni: la loro valutazione dal punto di vista economico e, quindi, della loro contendibilità mediante un confronto competitivo, avviene sulla base del loro costo di produzione e/o di commercializzazione e dell'utile che si ripromette il partecipante ad una procedura di gara pubblica per la scelta dell'imprenditore più meritevole dell'affidamento del contratto d'appalto. Diversamente, la stima economica dell'opera dell'ingegno dipende primariamente dall'apprezzamento che essa riceve sul mercato di riferimento per il suo valore intellettuale, a prescindere dal costo dei materiali impiegati o dal tempo necessario al suo autore per la sua creazione. Perché l'opera dell'ingegno, quale bene immateriale, possa essere oggetto di un confronto competitivo è necessario che essa si trasformi in un prodotto d'impresa, dal che dipende la possibilità

¹⁴ Cfr. C. VARRONE, *Un assimolo duro a morire*, cit., 2, osserva che «nel caso di organizzazione ed erogazione del servizio nella forma pubblica, si dà luogo ad una posizione dominante dello Stato nei confronti degli imprenditori privati produttori di beni e/o di servizi di cui esso necessita per lo svolgimento del servizio».

di una sua valutazione in termini di costi di produzione e relativo utile¹⁵. La conversione da opera intellettuale in prodotto d'impresa, ovvero la sua erogazione nella forma di un'iniziativa di natura economica, di rado avviene ad opera dal suo autore nonché titolare del bene immateriale. La pianificazione economica del servizio legale e l'organizzazione dei mezzi finanziari e strumentali necessari per portare a termine anche tale tipo di iniziativa economica, infatti, rappresentano il tratto identificativo dell'attività di impresa che, come tale, comporta l'assunzione del rischio. Allo stesso modo, il valore o contenuto intellettuale del servizio sanitario, in base alle disposizioni che ne dettano la disciplina, non ha alcun rilievo ai fini del suo affidamento¹⁶. Allo stesso modo, anche per i servizi dell'avvocato la qualità delle sue prestazioni non è un parametro preso in considerazione dall'art. 20 per l'affidamento del contratto d'appalto. I soli elementi apprezzati, mediante il rinvio all'art. 87 del d.lgs. 50/2016, sono le specifiche tecniche che l'amministrazione è tenuta ad indicare in sede di avvio della procedura di evidenza pubblica e sulla base delle quali viene compiuta la scelta. Pertanto, anche nel caso di affidamento del contratto di appalto del servizio legale, non necessariamente è richiesto al concorrente di dimostrare di esercitare la professione d'avvocato.

L'art. 68 del d.lgs. 50/2016 è quindi la chiave di lettura per comprendere quando l'attività intellettuale dell'avvocato si converte in iniziativa d'impresa, al pari di ogni altra professione, in quanto essa precisa le condizioni giuridiche e fattuali che deve

¹⁵ P. GRECO – P. VERCELLONE, *I beni immateriali*, Milano, 1965, *passim*.

¹⁶ I servizi sociali e sanitari erano elencati, al pari dei servizi legali, nell'all. II B, e come tali soggetti alla medesima disciplina degli artt. 20 e 27. L'attuale Codice degli appalti pubblici (d.lgs. 50/2016) disciplina la materia al Titolo VI, Capo II, rubricato '*Appalto di servizi sociali e di altri servizi nei settori ordinari*' agli artt. 142 e 143.

possedere l'organizzazione del servizio per poter disporre l'affidamento del contratto d'appalto. Attraverso le prescrizioni tecniche, l'amministrazione regola gli obblighi di servizio volti a far sì che, mediante una organizzazione produttiva pienamente conforme a quella richiesta dalla normativa primaria, sia perseguita la realizzazione dell'interesse pubblico. Al pari di ogni altra ipotesi di appalto di lavori, di servizi o forniture, il confronto competitivo, in questo caso, riguarda l'offerta tecnica e quella economica che ciascun concorrente è tenuto a formulare in modo conforme alle specifiche tecniche contenute nell'avviso di gara. Come nel contratto d'appalto dei lavori, il progetto preliminare posto in gara serve ad oggettivare le caratteristiche tecniche dell'opera pubblica che la stazione appaltante intende realizzare, così, nei contratti d'appalto dei servizi, le prescrizioni tecniche servono a specificare le modalità di emersione dell'interesse pubblico perseguito, nella situazione storicamente data, con l'affidamento dell'appalto.

Anche sotto questo profilo, perciò, è evidente la differenza tra il contratto d'opera intellettuale, nel quale l'amministrazione richiede la collaborazione dell'avvocato solo per avvalersi delle sue conoscenze giuridiche prima di emanare un certo atto (al pari del giudicante che ricorre alle conoscenze tecniche del perito per pronunciare la sentenza) e l'appalto del servizio legale, nel quale la trattazione dell'affare presuppone che l'organizzazione dei mezzi sia conforme alle prescrizioni tecniche dettate dalla stazione appaltante in sede di invito ad offrire. Nel secondo caso, come in una qualsiasi procedura di affidamento di pubblici appalti, i requisiti dei concorrenti assumono rilevanza per l'ammissione alla gara del concorrente che presenta domanda di partecipazione¹⁷.

¹⁷ Cons. Stato, sez. III, 7 luglio 2017, n. 3352, in *Redazione Giuffrè amm.*, 2017: «La stazione appaltante ha un margine apprezzabile di discrezionalità nel richiedere requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnica anche se più severi rispetto a quelli normativamente previsti, con il rispetto della

Nella sua attuale formulazione, l'art. 68 del Codice dei contratti pubblici prevede che «le specifiche tecniche» siano inserite nei documenti di gara e definiscano le caratteristiche previste per lavori, servizi, o forniture (comma 1). Le suddette specifiche, oltre ad indicare se è richiesto il trasferimento dei diritti di proprietà intellettuale (comma 2), devono essere elaborate in modo da tenere conto dei criteri di accessibilità per le persone con disabilità o di progettazione adeguata per tutti gli utenti (comma 3) e non devono comportare «*direttamente o indirettamente*» ingiustificati impedimenti all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza, con l'ulteriore precisazione per cui «*tali caratteristiche possono inoltre riferirsi allo specifico processo o metodo di produzione o prestazione dei lavori, delle forniture o dei servizi richiesti, o a uno specifico processo per un'altra fase del loro ciclo di vita anche se questi fattori non sono parte del loro contenuto sostanziale, purché siano collegati all'oggetto dell'appalto e proporzionati al suo valore e ai suoi obiettivi*» (comma 1). L'aggiudicazione del servizio legale deve avvenire sulla base del prezzo più basso o dell'offerta più conveniente, in base alle specifiche tecniche indicate nel bando o nella lettera d'invito, e da essa deriva solo l'obbligo a contrarre per entrambe le parti¹⁸. Si coglie così ancora una volta la profonda differenza tra il contratto d'opera intellettuale, fondato sulle qualità personali del legale da scegliere in vista di una specifica attività, e il contratto di appalto dei servizi legali fondato sulle qualità

proporzionalità e ragionevolezza e nel limite della continenza e non estraneità rispetto all'oggetto della gara; tale esercizio della discrezionalità è compatibile con i principi della massima partecipazione, concorrenza, trasparenza e libera circolazione delle prestazioni e servizi, purché i requisiti richiesti siano attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto e la loro applicazione più rigorosa si correli a circostanze debitamente giustificate».

¹⁸ C. VARRONE, *L'invalidità del provvedimento amministrativo e i suoi riflessi, nelle procedure ad evidenza pubblica, sul contratto concluso dalla P.A. con l'aggiudicatario*, in *Dir. amm.*, 2006, fasc. 2, 299.

imprenditoriali da lui dimostrate nella formulazione dell'offerta tecnica, e relative ad un servizio continuativo e duraturo.

5. *Segue. La differente disciplina del rischio*

Non risulta che Giuseppe Verdi o Giacomo Puccini si siano mai improvvisati impresari teatrali al fine di allestire le loro celebri opere liriche. Le figure tradizionali più frequenti della trasformazione da opere dell'ingegno in prodotti d'impresa, tuttora in forte espansione, si riscontrano, infatti, tra le opere dell'ingegno c.d. composte, che nascono dall'apporto creativo di più autori, ciascuno dei quali particolarmente versato in un determinato sapere artistico, musicale o generi artistici affini. In questi casi, l'iniziativa economica necessaria per la sua trasformazione in un investimento produttivo proviene, normalmente, da un impresario teatrale, che decide di mettere in scena l'opera lirica individuando i cantanti, l'orchestra e il maestro che dovrà dirigerla, il personale tecnico che dovrà approntare lo spettacolo, il teatro nel quale rappresentarla. Lo stesso accade nell'industria cinematografica, quando il produttore decide di realizzare un film da un romanzo famoso o da altre opere teatrali. Anche in questi casi la realizzazione del prodotto d'impresa presuppone, da parte sua, l'individuazione del regista cui affidare il compito di scegliere l'autore della sceneggiatura, della colonna sonora, gli interpreti e il personale tecnico.

In tutte queste ipotesi, al pari di quanto si verifica per il contratto di appalto dei servizi legali, il rischio d'impresa e il conseguente successo sul piano economico dell'iniziativa dipenderanno dalle capacità imprenditoriali del suo autore; altrimenti si andrà incontro a un *default* tanto più eclatante, quanto più famosa è l'opera rappresentata.

Anche se apparentemente distanti, questi esempi hanno una significativa ricaduta nell'individuazione delle modalità con le quali anche l'attività intellettuale propria dell'avvocato, e di quanti interpretano ed applicano istituti giuridici, può essere sottoposta ad un processo di trasformazione in prodotto d'impresa.

Secondo la normativa comunitaria, in mancanza di tale imprescindibile trasformazione non è possibile dar luogo alla stipula del contratto d'appalto del servizio legale. Infatti, le sentenze dei giudici, al pari degli atti processuali dei difensori, si risolvono nella produzione di beni immateriali considerati dal legislatore opere intellettuali, anche se le sentenze, per ragioni di pubblico interesse, non comportano a favore dei loro autori il diritto al loro sfruttamento economico, tutelato invece negli altri casi¹⁹.

La scelta del consulente legale, com'è stato in precedenza osservato, non risponde ad una valutazione di carattere solo economico²⁰: proprio trattandosi di un'attività intellettuale, riveste maggior peso e rilievo l'elemento personale, fondato sul giudizio di valore del cliente circa le capacità professionali del difensore. La prevalenza del lavoro personale sull'organizzazione dei mezzi è ragione del fondamento del contratto d'opera personale sul

¹⁹ Su tali concetti relativi alle opere dell'ingegno C. VARRONE, *Manuale del diritto d'autore*, Napoli, 1991, 80 ss.

²⁰ Il Consiglio di Stato, Sez. V, con sentenza n. 4614/2017 ha ritenuto che «è consentito procedere ad affidamenti di incarichi professionali privi della previsione di un corrispettivo, senza che ciò comporti una violazione del principio di onerosità, presupposto per la definizione di un contratto di appalto» (Cons. St., sez. V, 3 ottobre 2017, n. 4614 in *Foro Amministrativo* (II) 2017, 10, 2001); G. PIZZONIA, *Prestazioni gratuite e compensi virtuali. Criticità fiscali a margine di una sentenza del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. fin.*, 2018, fasc. 1, 9, (nota a Cons. St., Sez. V, n. 4614/2017). Si veda anche M. BOMBI, *Appalto di servizi di progettazione: l'illegittimità della gratuità della prestazione*, in *Dir. & Giust.*, 2018, fasc. 146, 1 (nota a T.A.R. Catanzaro, sez. I, 2 agosto 2018, n. 1507).

rapporto fiduciario²¹, come tale ispirato all'*intuitus personae*: il cliente decide di affidarsi a quel professionista perché ne riconosce le capacità nell'esecuzione della prestazione²². Il codice civile prevede che la trattazione dell'affare legale può essere affidata ad un collaboratore che, tuttavia, opera sotto la direzione del professionista cui è stato conferito l'incarico. Ne deriva che il conferimento del singolo incarico episodico, legato alla necessità contingente, non costituisce appalto di servizi legali ma integra un contratto d'opera intellettuale. Tale importante principio risulta espressamente previsto nell'art. 17 del nuovo Codice dei contratti pubblici, secondo cui il servizio legale, anche ove sia solo occasionalmente collegato all'esercizio di pubblici poteri, esonera il relativo titolare dall'onere di far precedere la scelta del legale dal preventivo invito rivolto ad una pluralità di professionisti o, comunque, dall'avvio di una procedura comparativa, salvi comunque i principi di trasparenza e pubblicità.

Da ciò si ricava un ulteriore principio, dirimente ai fini della esatta perimetrazione del contratto di appalto dei servizi legali, vale a dire che il ricorso a tale tipo di contratto non è compatibile con l'esercizio di pubblici poteri. Ciò dipende dalla natura stessa dell'attività che, essendo posta in essere dall'imprenditore per esclusivi motivi di profitto, non si concilia con quella, di natura intellettuale, svolta dal pubblico funzionario in una posizione di assoluta terzietà rispetto agli interessi privati coinvolti e disciplinati con il provvedimento amministrativo. Per tali ragioni, qualora presenti lacune di carattere cognitivo, sia tecniche che giuridiche,

²¹ In senso contrario la giurisprudenza contabile, secondo cui si applicano le regole in materia di selezione pubblica e, in particolare il principio di rotazione, l'obbligo di redigere un apposito regolamento interno, il divieto di affidamento diretto (Corte dei Conti, 22 maggio 2018 - Sezione regionale di controllo per l'Emilia-Romagna - Delibera n. 105/2018/VSGO, in www.cortedeiconti.it).

²² Cons. St., Parere 3 agosto 2018, n. 02017, in www.giustizia-amministrativa.it.

L'attività del funzionario che esercita pubblici poteri, di natura anch'essa tipicamente tecnica, si presta ad essere supportata unicamente mediante l'apporto anch'esso intellettuale di consulenti tecnici o giuridici.

In proposito, deve essere evidenziato che la disciplina delle funzioni giurisdizionali è valevole anche per quelle amministrative, trattandosi in entrambi i casi di attività intellettuali volte al perseguimento del pubblico interesse, così come evidenziato dal Considerando n. 23 della Direttiva appalti 23/2014.

Nel contratto d'appalto, diversamente, si ha l'esternalizzazione del servizio a favore dell'imprenditore, restando l'amministrazione obbligata solo al pagamento del compenso per l'opera prestata²³. Il ricorso a tale tipo di contratto, quindi, è possibile solo quando l'attività dell'amministrazione rifluisce sul piano privatistico e può essere affidata all'esterno, come accade nei casi dianzi esaminati, e non quando essa per legge deve essere svolta sotto forma di esercizio di pubblici poteri, non altrimenti delegabili.

La previsione del citato art. 17 ha una ragione più profonda, nel senso che l'assistenza legale in questi casi va necessariamente prestata sotto forma di contratto d'opera intellettuale, perché solo in tale veste essa preserva, ad un tempo, sia la sua funzionalizzazione all'interesse dell'amministrazione, sia la natura di attività strettamente intellettuale. Concludendo su questo punto, è evidente la sostanziale diversità tra il contratto di appalto del servizio legale e la scelta di un consulente esterno mediante un contratto d'opera avente ad oggetto la prestazione dell'attività intellettuale, che costui si impegna a svolgere nell'esclusivo interesse dell'ente pubblico. Nel primo caso, la componente

²³ A. SALVATORE, *Il rischio interferenziale – Interferential Risk*, in *Cass. Pen.*, 2018, fasc. 9, 2969.

imprenditoriale è il requisito necessario del contratto d'appalto, che nel secondo è rappresentata dall'elemento personale e intellettuale.

6. L'erogazione del servizio in forma diretta come alternativa alla esternalizzazione attraverso la procedura ad evidenza pubblica

Ai fini del corretto inquadramento del contratto di consulenza legale nel più vasto ambito della disciplina dettata per l'aggiudicazione del contratto d'appalto, occorre partire dalle linee guida dettate in occasione dell'approvazione della Direttiva n. 24/2014, recepita con l'approvazione Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016). A seguito dell'emanazione della citata disciplina, il Parlamento europeo ha ulteriormente specificato in quali casi gli Stati membri sono tenuti ad applicare la normativa comunitaria in materia di appalti pubblici, e in quali casi, diversamente, su di essa prevale la diversa disciplina interna dello Stato membro²⁴.

Di regola, le prestazioni dirette a soddisfare bisogni fondamentali della collettività sono erogate nella forma dei servizi non economici di utilità generale²⁵. Questi ultimi sono riservati

²⁴ Si veda il Considerando n. 5 della direttiva n. 24/2014, dove si precisa che gli Stati membri «non sono tenuti ad esternalizzare la prestazione di tali servizi che desiderano prestare essi stessi o desiderano prestare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva». A sua volta, tale previsione ricalca il Considerando n. 8 della direttiva n. 52/1990 che espressamente precisava che «la prestazione dei servizi è disciplinata dalla presente direttiva soltanto quando si fonda su contratti d'appalto; che la prestazione di servizi su altra base, quali leggi o regolamenti ovvero contratti di lavoro, esula dal campo d'applicazione della presente direttiva».

²⁵ Sulla nozione di servizi non economici di utilità generale E. PICOZZA, *I pubblici servizi locali e le loro forme di gestione, con riguardo al regime di diritto comunitario*,

all'amministrazione pubblica, cui spetta organizzare le attività necessarie al loro soddisfacimento, con costi a carico della finanza pubblica nell'ambito delle spese indivisibili²⁶. Al di fuori di queste ipotesi in cui è lo Stato a provvedere direttamente, la legge consente l'affidamento del servizio sul mercato attraverso le procedure di affidamento del contratto di appalto di servizi. In tal caso è l'imprenditore che, dietro corrispettivo, si obbliga alla produzione del bene, sia esso di natura materiale o immateriale, necessario per il soddisfacimento dell'interesse pubblico²⁷.

A differenza del primo caso, in cui l'erogazione assume la forma del servizio pubblico, nel secondo essa costituisce l'oggetto di un contratto *iure privatorum* nel quale lo scambio della prestazione a favore dei suoi destinatari finali avviene verso corrispettivo²⁸. La pubblica amministrazione è perciò tenuta ad agire nella veste di

nazionale e regionale, in *Nuova rass.*, 1995, 1005 ss. ID., *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 1997, 193 ss.

²⁶ Nello stesso senso si veda C. VARRONE, *Un ossimoro duro a morire*, cit., 2, secondo cui «il Trattato CE non può essere equiparato ad una Costituzione, perché non configura un modello unico di Stato sociale cui sono tenuti ad adeguarsi gli Stati membri. Esso prende atto dell'esistenza di una duplicità di modelli mediante i quali ciascuno Stato membro si fa portatore delle esigenze collettive meritevoli di tutela e per le quali detta una disciplina legislativa interna idonea alla loro soddisfazione».

²⁷ «Ogni procedura di gara può essere intesa come uno strumento per intraprendere un confronto concorrenziale in un singolo atto di scambio», così M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. Amm.*, 2016, fasc. 1-2, 71.

²⁸ Cons. St., sez. V, 3 ottobre 2017, n. 4614, in *Foro Amministrativo* (II) 2017, 10, 2001 secondo cui «è consentito procedere ad affidamenti di incarichi professionali privi della previsione di un corrispettivo, senza che ciò comporti una violazione del principio di onerosità, presupposto per la definizione di un contratto di appalto»; G. PIZZONIA, *Prestazioni gratuite e compensi virtuali. Criticità fiscali a margine di una sentenza del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. fin.*, 2018, fasc. 1, 9, (nota a Cons. St., Sez. V, n. 4614/2017).

stazione appaltante cui spetta la scelta del contraente mediante il ricorso ad una procedura ad evidenza pubblica secondo le norme del Codice dei contratti pubblici. La funzione di committenza, al pari di quella svolta dal funzionario, ha natura di servizio legale, perché ha ad oggetto l'esercizio di pubbliche funzioni non delegabili ad altri: il servizio legale è tale perché, in questi casi, comporta l'adozione di un provvedimento amministrativo che attribuisce al destinatario dell'aggiudicazione il diritto alla conclusione del contratto d'appalto, che costituisce un bene giuridico che ha una peculiare valenza patrimoniale²⁹. La nozione di servizio legale implica l'affidamento unitario ad un unico professionista dell'attività oggetto del servizio legale posto in gara. Nell'avviso pubblico l'amministrazione è tenuta a fissare il corrispettivo a base d'asta che è disposta a riconoscere per l'organizzazione dei mezzi e delle strutture necessarie per lo svolgimento del servizio. Inoltre, essa deve indicare le specifiche tecniche che ritiene necessarie per la realizzazione di tali finalità pubblicistiche. Pertanto, ricorre la fattispecie negoziale dell'appalto di servizio quando l'amministrazione esternalizza l'attività legale, demandando al professionista l'organizzazione dei mezzi necessari per la trattazione degli affari legali oggetto del contratto. In questo caso, l'attività intellettuale ha portata marginale rispetto a quella d'impresa nella quale, viceversa, prevale l'aspetto organizzativo ed economico.

Come si è già anticipato, al pari di qualsiasi procedura di appalto anche in quella per l'affidamento dei servizi legali la scelta organizzativa è riservata alla pubblica amministrazione, e ad essa deve uniformarsi il legale che intende partecipare alla gara. Le

²⁹ Di uguale avviso C. VARRONE, *Un ossimoro duro a morire*, cit., 2. Si veda anche D. BONACCORTI DI PATTI, *Mercato assicurativo r.c. auto e committenti pubblici: fra diritto antitrust, procedure di scelta del contraente e obbligo a contrarre*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2016, fasc. 4, 1330 ss.

specifiche tecniche emanate dalla stazione appaltante, in base al più volte richiamato art. 68, devono essere da essa indicate a tutela della sicurezza dei fruitori del servizio, tra cui anzitutto i portatori di handicap. Ciò impone di precisare nell'offerta le caratteristiche tecniche dei locali destinati all'attività, di adottare una contabilità separata rispetto a quella relativa alla restante attività del professionista, di indicare il personale utilizzato per il suo svolgimento al fine di consentire alla stazione appaltante, come in qualsiasi procedura ad evidenza pubblica, la verifica durante l'esecuzione dell'osservanza degli obblighi di servizio trasfusi nel capitolato d'oneri, con conseguente divieto per l'aggiudicatario di modificare tale assetto organizzativo per l'intera durata del contratto. Attesa la diversa responsabilità cui in questi casi va incontro il professionista, in qualità di appaltatore del servizio, nello stesso bando di gara possono essere previste, da parte della stazione appaltante, anche altre prescrizioni tecniche idonee a salvaguardare l'interesse pubblico istituzionalmente affidato alle sue cure.

In base alla legislazione vigente, la scelta di esternalizzare il servizio legale è di tipo discrezionale³⁰, e di conseguenza deve

³⁰ A proposito dei criteri di affidamento dell'incarico di parte dell'amministrazione, si richiama il parere n. 1241 reso dal Consiglio di Stato il 10 maggio 2018 sullo schema di linee guida dell'ANAC, sui cui si ritornerà in seguito, ove si richiama la necessità di un'attribuzione ragionata degli incarichi in funzione della loro natura e delle caratteristiche del professionista: come osserva il Consiglio di Stato «ciò permette, in altri termini, di esercitare quella naturale e doverosa discrezionalità che mai può essere del tutto negata alla pubblica amministrazione, pena il venir meno della sua stessa funzione amministratrice, ma che al contempo è resa ostensibile e sindacabile proprio attraverso la motivazione» (cfr. Cons. St., parere Comm. Spec., 10 maggio 2018, n. 1241, in www.giustizia-amministrativa.it).

In quest'ottica viene sottolineata la particolare rilevanza della motivazione del provvedimento di conferimento dell'incarico, mediante cui l'amministrazione

essere giustificata dall'amministrazione da ragioni di opportunità, sia sotto il profilo organizzativo che economico. Quando invece la legislazione interna non consente il ricorso all'appalto, l'amministrazione è tenuta a ricorrere al contratto d'opera professionale. In tal caso, la prima si avvale della consulenza giuridica del legale per lo svolgimento della sua attività istituzionale, mentre nel caso di appalto del servizio l'amministrazione esternalizza l'affare legale presente o futuro, affidandone la gestione all'imprenditore che si obbliga a svolgere il servizio con un'autonoma organizzazione di mezzi, conformemente alle prescrizioni tecniche dettate con l'avviso di gara.

Il Codice dei contratti pubblici del 2006 prevedeva espressamente che *«per quanto non espressamente previsto dal presente Codice, l'attività contrattuale dei soggetti di cui all'articolo 1 si svolge nel rispetto, altresì, delle disposizioni stabilite dal codice civile»*. Il Codice attuale delimita il perimetro di tale ordinamento di settore, precisando in modo inderogabile - nel quarto comma dell'art. 2 - la sua applicabilità ai soli contratti di «appalto» ivi indicati, con conseguente esclusione della estensione di tale disciplina a figure contrattuali aventi una diversa funzione economico sociale. In base all'art. 1655 cod. civ. è possibile configurare l'esistenza di un contratto d'appalto solo quando *«una parte assume, con l'organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro»*. Poiché tale regola vale per ogni contratto d'appalto disciplinato dal Codice dei contratti pubblici, essa si applica anche al caso di appalto dei servizi legali. Pertanto, per configurare la fattispecie dell'appalto di servizio legale non è sufficiente il conferimento dell'incarico ma, come

è tenuta a specificare puntualmente le ragioni della scelta del professionista anche quando è presente in un apposito elenco.

visto, è necessario che su di esso faccia aggio l'attività di impresa, atteso che la citata disposizione individua nella traslazione in capo all'appaltatore del rischio la specifica funzione economico sociale del contratto. La sua tipizzazione da parte del legislatore fa sì che tale funzione socio economica sia inderogabile per le parti, nel senso che il rischio non può essere diversamente distribuito, pena la nullità del contratto posto in essere. Qualora nella convenzione tra pubblica amministrazione e contraente privato non si riscontri l'assunzione del rischio, si è in presenza di una fattispecie diversa da quella prevista dalla normativa di origine comunitaria, dal che discende l'impossibilità di applicare a tale diversa convenzione le procedure di evidenza pubblica, che il Codice dei contratti riserva unicamente al contratto di appalto dei servizi legali.

7. Ulteriori ragioni del differente regime giuridico dei due contratti: le nozioni di servizio legale e affari legali

Dalle premesse svolte nei precedenti paragrafi, risulta che il contratto d'appalto è una forma di organizzazione del servizio pubblico alternativa al servizio prestatore per legge sub-specie di servizio pubblico di utilità generale. L'appalto comporta l'affidamento ad un soggetto privato (appaltatore) della produzione del bene, sia esso materiale o immateriale, necessario per la soddisfazione dell'interesse pubblico perseguito dall'amministrazione. La normativa sugli appalti pubblici non trova applicazione nei casi in cui il servizio è disciplinato dallo Stato membro con legge (regolamento o contratto), poiché in tale ipotesi spetta all'amministrazione garantire il servizio direttamente. In questo caso, la disciplina emanata dallo Stato membro è sostitutiva di quella comunitaria degli appalti, ivi compresa la normativa in

materia di incarichi di consulenza legale che il pubblico ufficiale ritiene necessario conferire ad un professionista privato prima di adottare un provvedimento di sua competenza, come chiaramente si desume sin dal d.lgs. n. 157/2001³¹.

Occorre quindi distinguere tra 'servizio legale' e 'attività legale' o 'consulenza giuridica', perché solo il primo si manifesta nella forma di un provvedimento idoneo a soddisfare un interesse meritevole di tutela pubblicistica secondo la legge. Al pari delle altre prestazioni pubbliche, infatti, anche il servizio legale è oggetto di un *munus publicum* che si risolve nell'adozione di un provvedimento autoritativo, destinato a produrre effetti nella sfera giuridica del suo destinatario, favorevoli o meno, a seconda dell'attribuzione o della privazione di un titolo necessario al soddisfacimento del suo interesse sostanziale e che, quindi, assume una precipua valenza patrimoniale. È servizio legale l'attività amministrativa di interpretazione e applicazione della legge: da quella dell'organo elettivo che emana un atto di indirizzo, a quella del dirigente che adotta un provvedimento ad efficacia esterna.

La consulenza legale, viceversa, ha ad oggetto un'attività immateriale a rilevanza interna, inidonea a spiegare effetti giuridici esteriori fino a quando non sia eventualmente recepita in un provvedimento dell'amministrazione. Perciò, su un piano diverso va collocata l'attività legale, e vanno diversamente disciplinati gli atti giuridici degli avvocati o dei difensori. Essi hanno carattere intellettuale e natura immateriale, sono privi di qualsiasi attitudine a produrre immediatamente effetti nella sfera giuridica di terzi, e sono inidonei a conformare in senso giuridico la realtà effettuale, se non attraverso la distinta e successiva attività decisionale del giudice. Così, se alla proposizione del ricorso, diretto ad ottenere l'annullamento di un provvedimento per pretesa sua contrarietà

³¹ Così anche C. VARRONE, *Un ossimoro duro a morire*, cit., 3.

alla legge, fa seguito la sentenza di accoglimento del giudice amministrativo, la demolizione giuridica dell'atto impugnato è sì il bene della vita ottenuto grazie al gravame (oggetto della consulenza legale) dal ricorrente, ma ciò si rende possibile solo attraverso la sentenza pronunciata emessa a termine del processo, che è l'attività tipica in cui prende forma e sostanza l'erogazione del servizio pubblico della giustizia. Viceversa, l'attività di consulenza legale è un'attività intellettuale di collaborazione, di apporto di conoscenze giuridiche, che assume rilevanza giuridica nella misura in cui viene condivisa e recepita nel suo atto dal titolare del servizio legale.

La delimitazione tra servizio legale e consulenza giuridica, espressione dei principi cardine dello Stato di diritto, segna il confine tra la funzione pubblica in senso stretto, e attività priva di questa configurazione pubblicistica³². Come si è in precedenza osservato, il diritto comunitario prevede il ricorso al contratto d'appalto solo per l'affidamento di prestazioni diverse da quelle che formano oggetto di servizio pubblico, di cui per le ragioni dette non è consentito l'affidamento a terzi. Di conseguenza, non è ammesso il ricorso al contratto di appalto per l'esercizio di pubbliche funzioni, dal momento che la peculiarità di tale tipo di contratto è data dal fatto che, con esso, l'amministrazione demanda all'appaltatore la produzione del bene giuridico riservata all'amministrazione.

Al contrario, la consulenza legale convive con l'assetto della funzione in senso pubblicistico, in quanto si risolve nell'apporto di un bene immateriale, cui la legge non riconnette effetti giuridici immediati nella sfera giuridica dei destinatari della suddetta funzione. Questa è la ragione per cui la tutela giudiziale del provvedimento può essere affidata ad un terzo esterno, a differenza della sua formazione che, invece, non può essere

³² ID., *Un ossimoro duro a morire*, cit., 7 ss.

demandata all'appaltatore. Per le medesime ragioni, è suscettibile di essere affidato in appalto l'affare legale, ovvero la difesa delle ragioni a base del provvedimento dell'amministrazione. Non anche direttamente il servizio legale avente ad oggetto l'adozione dell'atto amministrativo, che resta sempre nella titolarità dell'amministrazione, e rispetto ad esso il privato può solo offrire un contributo conoscitivo, nella forma di un parere *pro veritate*. Per legge e in conformità alla legge l'ente pubblico non può esternalizzare le sue funzioni, come accadrebbe con il contratto d'appalto, ma può solo avvalersi della competenza di professionisti privati, acquisendone la consulenza.

In definitiva, quindi, la tutela giudiziaria o stragiudiziale del provvedimento può essere affidata all'esterno, diversamente dalla formazione del provvedimento che, essendo esercizio di pubbliche funzioni, non può essere delegata ad altri mediante un contratto d'appalto.

8. *Segue. Le 'species' di opere intellettuali nella disciplina dei contratti pubblici*

In base all'art. 20 del Codice dei contratti pubblici per l'appalto dei servizi legali la scelta del contraente deve avvenire sulla base degli impegni che il concorrente si dichiara disposto ad assumere. La diversa scelta operata dal legislatore comunitario per tali servizi, rispetto ad altre opere dell'ingegno previste dal Codice dei contratti pubblici, e anch'esse aventi a oggetto prestazioni di carattere intellettuale, come il concorso di progettazione e il

concorso di idee³³, richiede di tener conto delle peculiarità che sono proprie dell'attività di assistenza legale.

Le citate opere d'ingegno, infatti, hanno ad oggetto attività di natura intellettuale fondata su 'saperi' di portata ingegneristica, da un lato, e finanziaria, dall'altro, attività strumentali alla realizzazione di un'opera pubblica, a differenza dell'assistenza legale che consiste nella formulazione di scritti finalizzati all'elaborazione di concetti giuridici, e che si concretizza nella elaborazione di una realtà fenomenica in divenire, sino a quando non si concludono il processo o il procedimento amministrativo. Per questo, il suo contenuto è solo in parte determinabile, attesa la sua stretta dipendenza dal contenuto degli atti e/o provvedimenti via via adottati in sede stragiudiziale dall'amministrazione, o da quelli che sono emanati nel processo dal giudice e dalle altre parti del processo, come opportunamente sottolineato dal Consiglio di Stato³⁴.

Salvi il recesso da parte del cliente o la rinuncia del professionista, non solo l'assistenza legale è destinata normalmente

³³ Si veda l'art. 154 del d.lgs. n. 50/2016, rubricato «*Organizzazione dei concorsi di progettazione e selezione dei partecipanti*» che, al comma 3, dispone che «sono ammessi a partecipare ai concorsi di progettazione, per i lavori i soggetti in possesso dei requisiti stabili con il decreto di cui all'art. 24, 2 comma». Tuttavia, il comma 4 della medesima disposizione precisa che «in caso di intervento di particolare rilevanza e complessità, la stazione appaltante può procedere all'esperimento di un concorso di progettazione articolato in due gradi. Il secondo grado, avente ad oggetto l'acquisizione del progetto di fattibilità, si svolge tra i soggetti individuati attraverso la valutazione di proposte di idee presentate nel primo grado e selezionate senza formazione di graduatorie di merito e assegnazione di premi. Al vincitore del concorso, se in possesso dei requisiti previsti, può essere affidato l'incarico della progettazione definitiva ed esecutiva a condizione che detta possibilità e il relativo corrispettivo siano previsti nel bando».

³⁴ Cons. St., sez. V, 11 maggio 2012, n. 273, in www.giustizia-amministrativa.it.

a protrarsi, salvo patto contrario, per il tutto il tempo necessario per l'esaurimento del procedimento amministrativo o del processo per il quale essa è prestata, a differenza di quanto previsto per il contratto d'appalto del servizio legale, che essendo un'attività imprenditoriale ha una durata predeterminata da indicare nell'avviso di gara, al pari di qualsiasi altro appalto. Inoltre, secondo il legislatore comunitario, in questo caso la selezione del concorrente più meritevole per l'affidamento dell'appalto non si fonda sulla valutazione delle sue capacità professionali, che rilevano solo per l'ammissione alla procedura di affidamento. In coerenza con la natura imprenditoriale dei servizi disciplinati dal Codice dei contratti pubblici, anche in questo caso la scelta deve fondarsi sull'offerta tecnica e su quella economica, al pari di quanto previsto per gli altri servizi indicati nell'all. II B, com'è chiaramente precisato nell'art. 68. Tale disposizione, oltre a far riferimento alla necessità che il servizio non rechi pregiudizio ai disabili, impone all'amministrazione di indicare nelle specifiche tecniche il materiale che si dovrà utilizzare per organizzare il servizio, le attrezzature e tutti gli altri elementi di valutazione espressamente precisati nell'avviso di gara. Tutto ciò è tanto più significativo se si considera che il legislatore interno, al fine di tutelare le aspettative del cliente in favore del quale è fornita l'assistenza legale, ha espressamente previsto nell'art. 2330 cod. civ. che, salvo diverso accordo delle parti, il compenso del professionista è determinato sulla base delle tariffe professionali o dal giudice³⁵. La mancata utilizzazione di tale parametro da parte del legislatore comunitario, dimostra che la diversa scelta operata trova la sua *ratio* nella sostanziale diversità tra

³⁵ M. SUMMA, *Il compenso dei professionisti va determinato in base alla tariffa...e adeguato all'importanza dell'opera solo ove non sia stato liberamente pattuito*, in *Dir. & Giust.*, 2018, fasc. 140, 2 (nota a Cass. Civ., sez. II, 2 agosto 2018, n. 20428).

il contratto d'opera professionale e il contratto d'appalto del servizio legale.

Mentre nel primo caso è l'opera intellettuale del professionista a costituire oggetto del contratto in base al quale determinare il compenso, nel contratto d'appalto del servizio legale la selezione deve invece essere effettuata dall'amministrazione dando rilievo unicamente ai profili imprenditoriali del servizio che il concorrente si impegna a prestare, mediante la formulazione delle relative «specifiche tecniche», del tutto inconcepibili nel contratto d'opera professionale.

9. Le linee guida dell'ANAC sull'affidamento dei servizi legali alla luce delle indicazioni della Commissione Speciale del Consiglio di Stato

Le conclusioni cui era pervenuta l'ANAC, nell'occasione della consultazione circa l'interpretazione del nuovo codice dei contratti pubblici in tema di servizi legali, si prestavano a taluni dubbi, in quanto fondate sulla sola lettura degli artt. 141, 142 e 143 del d.lgs. 50/2016, in relazione all'art. 17 *bis*, senza pregiudiziale ricostruzione sistematica del contratto d'appalto dei servizi legali³⁶.

Quest'ultimo appartiene a pieno titolo all'ordinamento di settore dei contratti di appalto di lavori, servizi e forniture conclusi

³⁶ In seguito al citato documento di consultazione, l'ANAC, nell'esercizio del potere di regolazione conferitole dall'art. 213, comma 2, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, ha adottato la Delibera n. 907 del 24 ottobre 2018, con cui ha approvato le Linee guida n. 12, recanti chiarimenti sulle procedure da seguire per l'affidamento dei servizi legali, alla luce della nuova disciplina contenuta nel Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50). Le Linee guida, pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale n. 264 del 13 novembre 2018, sono entrate in vigore il 28 novembre.

dalle pubbliche amministrazioni, anche se è del tutto evidente che ha ad oggetto unicamente il rischio connesso all'investimento produttivo che è richiesto al legale cui è affidato il servizio.

La ricostruzione dell'ANAC, in particolare, non sembrava considerare attentamente l'elemento fondante della normativa comunitaria, pedissequamente recepito nel nuovo Codice dei contratti pubblici. Infatti, in luogo delle specifiche tecniche previste dalla precedente normativa, sulla cui funzione ci si è a lungo soffermati, nell'art. 23 del nuovo Codice il confronto comparativo per l'assegnazione del servizio è preceduto, come in tutti gli altri casi di appalti di servizi, sia ordinari che speciali, dalla preventiva definizione, da parte della stazione appaltante, del progetto posto in gara, di cui la citata disposizione precisa quale debba essere il livello di approfondimento³⁷.

Tutto ciò ha un duplice significato.

³⁷ Nello specifico, l'art. 23, comma 15, del d.lgs. 50/2016, con riferimento agli appalti di servizi, dispone che «per quanto attiene agli appalti di servizi, il progetto deve contenere: la relazione tecnico-illustrativa del contesto in cui è inserito il servizio; le indicazioni e disposizioni per la stesura dei documenti inerenti alla sicurezza di cui all'articolo 26, comma 3, del decreto legislativo n. 81 del 2008; il calcolo degli importi per l'acquisizione dei servizi, con indicazione degli oneri della sicurezza non soggetti a ribasso; il prospetto economico degli oneri complessivi necessari per l'acquisizione dei servizi; il capitolato speciale descrittivo e prestazionale, comprendente le specifiche tecniche, l'indicazione dei requisiti minimi che le offerte devono comunque garantire e degli aspetti che possono essere oggetto di variante migliorativa e conseguentemente, i criteri premiali da applicare alla valutazione delle offerte in sede di gara, l'indicazione di altre circostanze che potrebbero determinare la modifica delle condizioni negoziali durante il periodo di validità, fermo restando il divieto di modifica sostanziale. Per i servizi di gestione dei patrimoni immobiliari, ivi inclusi quelli di gestione della manutenzione e della sostenibilità energetica, i progetti devono riferirsi anche a quanto previsto dalle pertinenti norme tecniche».

Da un lato, per aversi appalto del servizio legale è necessario l'impegno da parte dell'affidatario di progettare un investimento produttivo da porre ad esclusivo servizio dell'amministrazione, conforme a quello posto in gara, con conseguente assunzione del relativo rischio economico. Dall'altro, contrariamente a quanto si desume dal citato documento ANAC, il confronto comparativo deve avere ad oggetto l'offerta che i concorrenti sono tenuti a formulare, e non già le qualità professionali del concorrente che formula l'offerta stessa.

Dall'esame del nuovo Codice risulta fortemente accentuato lo stato di compenetrazione tra il livello di regolazione del servizio da parte della stazione appaltante e il servizio che potrà essere affidato ai privati, in ossequio al principio di sussidiarietà. Infatti, ferma restando la libertà di iniziativa economica dei privati e la libertà di concorrenza³⁸, è necessario che ciascun concorrente formuli un'offerta conforme o migliorativa rispetto al progetto posto in gara, nel quale, tra l'altro, debbono essere indicati i motivi che giustificano l'affidamento a privati di un servizio volto alla realizzazione delle finalità pubblicistiche di competenza della stazione appaltante. Come già osservato, l'affidamento dell'appalto del servizio legale non nasce da una valutazione circa la particolare competenza dei professionisti prescelti, ma dalla dimostrata esistenza da parte delle singole stazioni appaltanti della necessità che tale tipologia di servizio sia affidata in appalto³⁹. In dottrina

³⁸ M. D' ALBERTI, *L'Unione europea e i diritti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, fasc. 3, 761.

³⁹ Questo è in certa misura da ricollegarsi al principio di sussidiarietà orizzontale proprio dello Stato sociale delineato dal Trattato CE, e recepito nel titolo V della nostra Costituzione. Tuttavia esso ha un duplice significato sotto il profilo giuridico, nel senso che altro è riconoscere ai privati la libertà di perseguire iniziative di natura solidaristica con i propri mezzi, altro invece è pretendere

come in giurisprudenza, l'indagine è stata inizialmente orientata a studiare ed esaltare gli aspetti fiduciari che contraddistinguono il contratto d'opera intellettuale, mentre in realtà avrebbe dovuto svilupparsi in tutt'altra direzione, ed essere volta a chiarire in che misura e a quali condizioni l'attività di assistenza legale, al pari di tutti gli altri servizi elencati nell'allegato IX (e già compresi nell'allegato II del Codice del 2006), può rifluire nell'orbita pubblicistica come vero e proprio servizio a favore della collettività, sostitutivo di quello reso dalla competente amministrazione pubblica. Ad esempio, non sembra sia stata approfonditamente la questione della portata e del ruolo delle «specifiche tecniche», dettate dall'art. 68 del Codice previgente, parametro di riferimento per le singole stazioni appaltanti. Nel nuovo Codice si è provveduto alla sostituzione delle specifiche tecniche con la predisposizione di una articolata relazione tecnico-illustrativa del contesto in cui è inserito il servizio.

Coevamente alla pubblicazione di questo saggio, frattanto, l'ANAC ha approvato le linee guida n. 12 con cui ha fornito chiarimenti sulle procedure da seguire per l'affidamento dei servizi legali alla luce della nuova disciplina contenuta nel Codice dei contratti pubblici⁴⁰. Prima della loro approvazione, sullo schema delle linee guida è stato chiesto il parere del Consiglio di Stato, che in proposito ha fornito alcune precisazioni, cui l'Autorità si è conformata⁴¹.

Nel citato parere è stata affrontata anzitutto la questione della tipologia di contratti che possono essere stipulati tra pubblica amministrazione e avvocati, con esiti che confermano la

che siano le amministrazioni pubbliche a remunerare il servizio dei privati con pubblico denaro.

⁴⁰ Si veda la citata delibera ANAC n. 907 del 24 ottobre 2018.

⁴¹ Cons. St., Parere Comm. Spec. 3 agosto 2018, n. 01502/2017, in www.giustizia-amministrativa.it.

ricostruzione operata in questa sede. Secondo il Consiglio di Stato, le prestazioni di servizi legali, alla luce della causa, intesa come funzione economico-individuale dell'operazione negoziale, possono essere inquadrare in due differenti tipologie di contratti a seconda delle esigenze da soddisfare.

La prima è costituita dal contratto d'opera intellettuale che si caratterizza per il fatto che il professionista esegue la prestazione con lavoro prevalentemente proprio, non organizzato in forma imprenditoriale (artt. 2229 e ss.). Trattasi dell'ordinaria modalità attraverso la quale i servizi legali vengono prestati.

La seconda tipologia è rappresentata invece dal contratto di appalto di servizi, nel quale l'appaltatore esegue la prestazione servendosi dell'organizzazione dei mezzi necessari, e con gestione a proprio rischio (art. 1655 cod. civ.). In questo caso, si tratta di un vero e proprio 'servizio' che implica la messa a disposizione di una struttura imprenditorialmente organizzata, destinata a soddisfare i bisogni del committente di volta in volta che essi si presentano.

Come ha rilevato il Consiglio di Stato, la prestazione ha un oggetto predeterminato solo dal punto di vista della natura giuridica, che è quella dell'attività legale: il suo contenuto specifico è invece definito, di volta in volta, al momento in cui la prestazione va concretamente resa. I soggetti pubblici possono scegliere se ricorrere all'uno o all'altro modello contrattuale, a seconda delle dimensioni organizzative e delle specifiche competenze possedute. Per le grandi amministrazioni, con attribuzioni in settori omogenei e le cui attività possono dar luogo a frequenti contenziosi, di tipo seriale, la soluzione più idonea è quella di *“rivolgersi ad un insieme di professionisti, organizzato, che sia disponibile a trattare tutte le controversie nelle quali l'ente dovesse essere coinvolto”*. Se, invece, si tratta di enti di modeste dimensioni, ad esempio piccoli comuni, con competenze in plurimi settori, è solo quando si trovano coinvolti in un giudizio che essi procederanno all'affidamento di un incarico ad hoc, al

singolo professionista, individuato per quella specifica consulenza o difesa.

In merito, poi, alla disciplina da applicarsi, in generale è stata affermata la distinzione tra contratti di appalto sottoposti alle regole del Codice, contratti “esclusi” dal rispetto di tali regole ma soggetti all’osservanza dei principi generali di cui all’art. 4 del Codice, e, infine, contratti “estranei” non nominati dal Codice e, pertanto, sottratti alle relative regole e principi⁴².

In particolare, il Consiglio di Stato si è soffermato sulla portata dell’art. 17 del Codice, ove si prevede - come ampiamente chiarito in precedenza - che le relative disposizioni non si applicano agli appalti e alle concessioni di servizi aventi uno degli oggetti indicati nell’elenco dello stesso art. 17, tra cui (punto d) i servizi legali e, in particolare, le prestazioni professionali rese da un avvocato, compresa la rappresentanza legale in un arbitrato o in una conciliazione (punto 1.1.), in procedimenti giudiziari dinanzi a organi giurisdizionali o autorità pubbliche (punto 1.2), nonché la consulenza legale in previsione di uno dei predetti procedimenti in caso di indizio concreto o probabilità elevata che la questione su cui verte la consulenza divenga oggetto di procedimento⁴³.

⁴² Cons. St., Parere 10 maggio 2018, n. 1241, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴³ Si veda il Parere n. 1241, ove si specifica che «nei servizi legali sono inoltre ricompresi: la consulenza legale fornita in preparazione di uno dei procedimenti di cui al punto 1), o qualora vi sia un indizio concreto e una probabilità elevata che la questione su cui verte la consulenza divenga oggetto del procedimento, sempre che la consulenza sia fornita da un avvocato ai sensi dell’articolo 1 della legge 9 febbraio 1982, n. 31, e successive modificazioni (punto 2); i servizi di certificazione e autenticazione di documenti che devono essere prestati da notai (punto 3). Sono inoltre contemplati anche i servizi legali prestati da fiduciari o tutori designati o altri servizi legali i cui fornitori sono designati da un organo giurisdizionale dello Stato o sono designati per legge per svolgere specifici compiti sotto la vigilanza di detti organi giurisdizionali (punto 4) e, infine, altri servizi legali che sono connessi, anche occasionalmente,

A sua volta, è considerata categoria residuale di servizi legali quella disciplinata dall'all. IX⁴⁴, alla quale si applicano le norme del codice, sia pure con le semplificazioni individuate negli articoli 140, 142, 143 e 144.

La conclusione cui perviene il parere è che l'applicazione della richiamata disciplina varia a seconda della tipologia di contratti aventi ad oggetto servizi legali, a prescindere da natura e oggetto della prestazione professionale.

L'all. IX si riferisce a contratti di appalto di servizi in senso stretto, la cui specificità «è la 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». La funzione di tale contratto è quella propria del contratto di fornitura di servizi, mediante cui l'amministrazione acquista l'erogazione di prestazioni continuative e periodiche aventi certe caratteristiche sostanziali, senza che sia individuato lo specifico bisogno da soddisfare. Tale tipologia di contratto si presenta con modalità organizzative diverse rispetto alla prestazione di servizi a carattere personale e puntuale, con organizzazione dei mezzi necessari e accollo del rischio economico. Spetta all'appaltatore, infatti, pianificare il servizio in funzione della soddisfazione delle esigenze legali dell'ente, non quantificabili nel loro preciso

all'esercizio dei pubblici poteri (punto 5). I servizi di cui ai punti 4 e 5 esulano dalla presente disamina».

⁴⁴ L'all. IX, dedicato ai servizi di cui agli articoli 140, 142, 143 e 144, fa espressamente riferimento ai «servizi legali», nella misura in cui non siano esclusi a norma dell'art. 17, comma 1, lett. d). La definizione delle prestazioni legali di cui all'all. IX avviene tramite il nomenclatore europeo.

ammontare al momento dell'assunzione dell'incarico, e in ogni caso in modo tale da conseguire un utile d'impresa⁴⁵.

Da questa va tenuto distinto il contratto di prestazione d'opera intellettuale di cui all'art. 17, che invece presenta la struttura tipica della prestazione di servizio disciplinata dall'art. 2222 cod. civ, con prevalenza del lavoro proprio e senza vincolo di subordinazione, ma riferita ad un incarico puntuale ed episodico, destinato a soddisfare specifici bisogni e riguardanti un dato giudizio.

Dal punto di vista procedimentale, il contratto di appalto di servizi soggiace alle regole poste dall'all. IX, che prefigurano forme semplificate, anche in ordine alle modalità di pubblicità. Del pari, il contratto di prestazione d'opera professionale è soggetto al rispetto dei principi generali del Codice (art. 4) anche quando non integra il modello di appalto di servizi⁴⁶. Pertanto, sebbene esclusi

⁴⁵ Nella bozza di linee guida sottoposta al Consiglio di Stato, l'ANAC aveva offerto una definizione dei servizi legali di cui all'all. IX come «i servizi giuridici non esclusi a norma dell'art. 17, comma 1, lett. d, del Codice dei contratti pubblici, aventi ad oggetto prevalentemente la produzione di pareri e di atti di assistenza legale non connessa alla difesa in giudizio, quindi attività stragiudiziale erogabile anche da categorie professionali diverse dagli avvocati iscritti all'albo». Tale interpretazione non è stata condivisa dal Consiglio di Stato, ad avviso del quale i servizi legali cui si riferisce l'all. IX sono le attività, anche rese da avvocati iscritti all'albo ai sensi dell'art. 2, comma 6, l. 247 del 2012, connotate «*dallo svolgimento in forma organizzata, continuativa e con rischio assunto prevalentemente dal professionista incaricato*» (cfr. Cons. St., parere comm. spec., 10 maggio 2018, n. 1241, cit.)

⁴⁶ Sul punto si veda quanto osservato dal Consiglio di Stato, secondo il quale «il dubbio interpretativo attiene alla qualificazione giuridica del suddetto contratto come 'escluso', sottoposto al solo rispetto dei principi generali, ovvero come 'estraneo', non sottoposto a regole o principi». L'art. 4 qualifica espressamente i contratti 'esclusi' soggetti al rispetto dei principi generali come contratti «*aventi ad oggetto lavori, servizi o forniture*» ovvero come contratti attivi. L'art. 17 contiene un elenco di contratti ai quali non si applicano le

dall'applicazione delle procedure di aggiudicazione dettate dal codice dei contratti, anche i servizi legali di cui all'art. 17, comma 1, lett. d), in ogni caso devono essere affidati nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità⁴⁷.

Ad avviso del Consiglio di Stato, una volta che le amministrazioni ricorrono al contratto di appalto dei servizi legali, modulo preferibile per la gestione di servizi legali di dimensioni

disposizioni del Codice che lo stesso art. 17, nella sua premessa, qualifica come contratti di appalto e di concessione di servizi. Il coordinamento tra le due norme è attuato nel senso che a tutti i contratti menzionati dall'art. 17 si applicano i principi dell'art. 4. Essi sono, pertanto, 'esclusi' e non 'estranei'» (Cons. St., parere Comm. Spec., 10 maggio 2018, n. 1241).

⁴⁷ In sostanza è auspicata una procedimentalizzazione nella scelta del professionista da incaricare della rappresentanza in giudizio (o in vista di un giudizio) dell'amministrazione, così parere Cons. St. secondo cui «...i profili da valorizzare nella scelta del professionista sono: i) l'esperienza e la competenza tecnica, da intendersi come competenza nella materia oggetto del contenzioso ovvero, anche, della questione rilevante per la sua soluzione); ii) la pregressa proficua collaborazione con la stessa stazione appaltante in relazione alla medesima questione; iii) il costo del servizio, nel caso in cui, per l'affidamento di uno specifico incarico, sia possibile riscontrare una sostanziale equivalenza tra diversi profili professionali». Viceversa, salvo incarichi meno rilevanti «meno enfasi merita il criterio della rotazione, che non sempre assicura una scelta rispettosa delle competenze tecniche necessarie per il caso concreto, e che lascia preferire piuttosto un criterio di equa ripartizione. Anche nel caso in cui l'Amministrazione ha proceduto all'affidamento dell'appalto o alla istituzione dell'elenco apposito, è ritenuto legittimo anche uno schema procedimentale, per così dire eccezionale, di affidamento diretto a un professionista determinato di uno dei servizi legali di cui all'art. 17, comma 1, lett. d), se si è in presenza di specifiche circostanze che l'amministrazione deve espressamente illustrare, e sempre che si tratti di controversia particolare tale da giustificare una scelta indirizzata» (Cons. St., Comm. Spec. 3 agosto 2018, n. 01502/2017, cit).

rilevanti, non occasionali e seriali, è opportuno l'affidamento dell'intero contenzioso per una durata predeterminata, di regola pluriennale, a professionisti in grado di assicurare - particolare accento è riservato alla formula degli studi associati, proprio perché è in grado di assicurare l'integrazione delle competenze - una complessiva attività di consulenza legale. Tuttavia, al fine di evitare l'esclusione di studi associati di più recente formazione, la procedura di aggiudicazione deve svolgersi sulla base di requisiti tecnico-professionali non eccessivamente restrittivi⁴⁸. Non sembra condivisibile, infine, l'indicazione del Consiglio di Stato circa l'affidamento dell'intero contenzioso ad un unico gruppo di professionisti, per l'asserita difficoltà di reperire in tempi celeri avvocati disponibili a trattare controversie con carattere di urgenza. Non pare, infatti, che tale tipo di prestazione, quale l'assistenza in procedimenti d'urgenza, richieda un'organizzazione particolare e diversa rispetto a quella generale di cui gode qualsiasi studio legale. A ciò si aggiunge un ulteriore ordine di considerazioni: la scelta di un unico affidatario potrebbe dare vita a fenomeni di posizioni dominanti, in quanto tali non coerenti con un mercato improntato a principi di concorrenza e circolazione delle prestazioni⁴⁹.

⁴⁸ Sulle società tra professionisti V. MASUCCI, *Le professioni protette. L'associazione tra professionisti*, in *Diritto Privato Europeo*, a cura di N. Lipari, 1996; A. TOFFOLETTO, *Società tra professionisti*, in *Le Società*, 2012, n. 1, 30 ss.; F. LEONE, *Società tra professionisti: le novità normative e il regime fiscale*, in *Pratica fiscale e professionale*, 2012, n. 16, 11; M. TOMASSI, *Società tra professionisti: spunti critici alla luce del d.lgs. n. 96.2001 e dei tentativi di riforma del mercato dei servizi professionali*, in *'Studium Iuris'*, 2011, n. 7.8, 743; A.M. LEOZAPPA, *Società e professioni intellettuali. Le società professionali tra Codice civile e leggi speciali*, Milano, 2004, *passim*.

⁴⁹ Per il Consiglio di Stato resta la distinzione tra appalti sotto soglia e sopra soglia comunitaria giusta la previsione di cui all'art. 35 del codice, rinviando per i primi alle Linee guida n. 4 riferite alle «*Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e*

Infine, suscita perplessità il richiamo contenuto nel parere del Consiglio di Stato, e recepito dall'ANAC, all'art. 4 del Codice dei contratti pubblici. Non si comprende come tale disposizione, nella parte in cui richiama i principi della tutela dell'ambiente e dell'efficienza energetica, possa essere concretamente osservata allorché si tratta di affidare di incarichi che hanno ad oggetto prestazioni e attività di carattere esclusivamente intellettuale. In tali casi, sembra più corretto ritenere che trovi applicazione l'art. 7 del D.lgs 165/2001, attuativo dei principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 97 della Costituzione.

ABSTRACT

In tema di servizi legali il Codice dei Contratti Pubblici prevede il ricorso a due differenti tipologie di contratti, a seconda delle esigenze da soddisfare e della funzione economico-sociale perseguita. La prima è costituita dal contratto d'opera intellettuale di cui all'art. 17, che presenta la struttura tipica della prestazione di servizio disciplinata dall'art. 2222 cod. civ., con prevalenza del lavoro proprio e senza vincolo di subordinazione, di regola destinato a soddisfare un singolo bisogno, costituito dalla difesa in uno specifico giudizio. La seconda ipotesi è quella del contratto di appalto di servizi, che presuppone invece che l'appaltatore esegua la prestazione servendosi dell'organizzazione dei mezzi necessari e

formazione e gestione degli elenchi di operatori economici» (cfr. Cons. St., 13 dicembre 2017, sez. V, 5854 in *lamministrativista.it*).

con gestione a proprio rischio (art. 1655 cod. civ.), per casi in cui l'Amministrazione richiede una prestazione complessa e continuativa, eseguita prioritariamente da uno studio strutturato per assumere l'impegno a trattare l'intero contenzioso del singolo ente pubblico. In questo caso, si tratta di un vero e proprio appalto di servizi che implica la messa a disposizione di una struttura imprenditorialmente organizzata, destinata a soddisfare i bisogni del committente di volta in volta che essi si presentano. A seconda dei casi, quindi, la pubblica amministrazione ha possibilità di fare ricorso ad entrambi i modelli contrattuali, per il cui affidamento sono previsti iter procedimentali diversi.

Quanto alla disciplina applicabile, il contratto di appalto di servizi soggiace alle regole poste dall'Allegato IX del citato Codice, con la previsione di forme procedimentali semplificate. Anche i servizi legali di cui all'art. 17, comma 1, lett. d), in ogni caso devono essere affidati nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità.

As it regards legal services the Public Procurement Code provides the possibility to adopt two different contractual schemes, depending on the needs they intend to satisfy and their social-economic purpose.

The first scheme consists in the so called *contratto d'opera intellettuale* (contract for the provision of intellectual work), disciplined by article 17, having the typical structure of the supply of services regulated by article 2222 of the Civil Code, with prevalence of personal work and without any subordination tie, generally aimed at satisfying a single need, as providing assistance in a specific trial. The second schemes consists in the procurement for supply of services contract, that on the other hand implies that the contactor performs the agreement by his entrepreneurial organization an

assuming on himself the entrepreneurial risk (according to the provisions of article 1665 of the Civil Code), for those cases in which the contracting authority requires a complex and continuative service, primarily executed by a structured law firm, such as providing assistance in all trials in which the public body is involved in a given period of time.

In this latter case the contract is a true procurement for the supply of services implying for the awarding authority the availability of the assistance of an entrepreneurial organization for the satisfaction of its needs as they arise from time to time.

Depending on the actual case, therefore the awarding authority has the possibility to choose one of the two schemes, for the entrustment of which the Code provides for different procedures. As it regards applicable rules, the procurement for the supply of legal services is regulated by Annex IX of the Code providing for simplified awarding procedures.

Contracts regulated by article 17, par. 1, lett. d) have in any case to be contracted out in application of the principles of effectiveness, inexpensiveness, equal opportunity, impartiality, transparency, proportionality, publicity.

GIANLUCA MARIA ESPOSITO
Professore ordinario di Diritto Amministrativo
Università degli Studi di Salerno
E-mail: gesposito@unisa.it

