

Il conferimento del singolo incarico rientra nei contratti d'opera intellettuale

Non è appalto l'affidamento di un singolo incarico legale

Solo nel caso di affidamento di una prestazione articolata di più servizi legali si è in presenza di un appalto riconducibile all'allegato IIB e al presidio, pertanto, della disciplina prevista nell'articolo 27 del codice degli appalti.

di STEFANO USAI
Funzionario PA

La questione

Appare piuttosto rilevante la statuizione contenuta nella recente pronuncia del Consiglio di Stato, sez. V, n. 2730/2012 diretta ad affermare l'estraneità del singolo incarico legale rispetto alla disciplina degli appalti. È noto che la categoria dei "servizi legali" viene ricondotta, dallo stesso codice degli appalti, con l'articolo 20 e in specie l'allegato IIB, alla peculiare categoria degli appalti non ancora "maturi" (secondo espressioni utilizzate in sede comunitaria) per essere soggetti all'applicazione dell'intero impianto codicistico declinato nel codice e nel più recente regolamento attuativo (Dpr n. 207/2010). Immaturità riferibile, sostanzialmente, alla inadeguatezza a essere configurate come prestazioni soggette, per quanto attiene all'assegnazione, ai rigidi principi concorrenziali e all'applicazione, pertanto, delle rigorose disposizioni previste per assicurare la c.d. evidenza pubblica. I servizi in parola, così come - più in generale - i servizi esclusi, sono stati affrancati pertanto dalla necessità della pedissequa applicazione di gran parte delle disposizioni codicistiche a tutto vantaggio di un *minus* procedurale definito, in parte, nell'articolo 20 citato e con la norma di chiusura contenuta nell'articolo 27 del codice. L'articolo 20, in particolare, ritiene applicabile alla fattis-

pecie degli appalti esclusi solamente alcune norme specifiche contenute negli articoli 65, relativo all'avviso sui risultati della procedura di affidamento, e 68, relativo alle specifiche tecniche (nonché, per i settori speciali, l'articolo 225). L'articolo 27, invece, individua una procedura di assegnazione dell'appalto variamente adattabile dalla stazione appaltante purché nel rispetto dei tradizionali principi di oggettività e trasparenza. A tal riguardo, la norma - nei suoi due primi periodi del primo comma - puntualizza che "l'affidamento dei contratti pubblici aventi a oggetto lavori, servizi forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità" e che "l'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto". A fronte dei riferimenti appena annotati, il Consesso afferma la non compatibilità del singolo incarico di difesa assegnato dalla stazione appaltante rispetto al concetto di appalto. In particolare, nella pronuncia si rimarca una sostanziale differenziazione tra l'incarico "di consulenza e di assistenza a contenuto complesso, inserito in un quadro articolato di

Consiglio di Stato, sezione V, decisione n. 2730 dell'11 maggio 2012

Servizio legale - Affidamento - Disciplina applicabile - Costituisce prestazione d'opera - Codice degli appalti - Disciplina - Inapplicabilità - Distinzione tra incarico legale singolo ed assegnazione di prestazioni legali articolate

In tema di servizi legali, ai fini della individuazione della relativa disciplina applicabile occorre distinguere tra l'affidamento dell'incarico legale singolo e l'assegnazione di una prestazione articolata di servizi legali connotata da un *quid pluris* sotto il profilo organizzativo, della continuità temporale e della complessità. Nel primo caso, in assenza delle peculiari specifiche tecniche che caratterizzano l'oggetto della prestazione non si sarebbe in presenza di un appalto ma di una prestazione d'opera intellettuale. Solo nel secondo caso, di affidamento di una prestazione articolata di più servizi legali si sarebbe in presenza di un appalto riconducibile all'allegato IIB e al presidio, pertanto, della disciplina prevista nell'articolo 27 del codice degli appalti.

attività professionali organizzate sulla base dei bisogni dell'ente" e "il conferimento del singolo incarico episodico, legato alla necessità contingente" che non costituirebbe un "appalto di servizi legali ma (...) un contratto d'opera intellettuale che esula dalla disciplina codicistica in materia di procedure di evidenza pubblica". Momento centrale, pertanto, del *decisum* è costituito dalla sostenuta impossibilità di ravvisare nel singolo incarico alcuni aspetti che contraddistinguono la fattispecie dell'appalto e in particolare la circostanza dell'obbligo di risultato, della difficoltà di definire le specificità tecniche ed economiche dell'affidamento e, proprio per effetto di ciò, della definizione degli stessi criteri di valutazione quali parametri per l'assegnazione dell'incarico. Ciò induce l'autorevolissimo estensore, a ricondurre il singolo incarico neanche nell'ambito delle consulenze ex articolo 7, comma 6, del decreto legislativo 165/2001 ma nell'ambito di una *species* di *tertium genus* del contratto d'opera intellettuale che si sostanzia in una "semplice" obbligazione di mezzi ovvero quella di porre in essere un comportamento teso al risultato ma non necessariamente, ovviamente, a garantirlo/assicurarlo.

Il ragionamento espresso nella pronuncia

La conclusione appena riportata viene fondata dal giudice essenzialmente su tre fondamentali riferimenti. In primo luogo il dato normativo. Nella pronuncia si rileva che "le disposizioni che riguardano i servizi legali non rappresentano affatto una novità introdotta nell'ordinamento interno a seguito della direttiva 2004/18/Ce, in quanto già il Dlgs n. 157 del 17 marzo 1995 (Attuazione della direttiva 92/50/Cee in materia di appalti pubblici di servizi)", indicava, nell'allegato 2, una serie di servizi, tra cui i servizi legali, relativamente ai quali non si applicava la disciplina generale nella sua integralità ma solo alcune disposizioni del citato decreto legislativo e, segnatamente: l'eventuale pubblicazione dell'avvenuta aggiudicazione (art. 8, co. 3); l'obbligo per l'amministrazione aggiudicatrice di definire le "specifiche tecniche" del servizio nei capitolati d'onere o nei documenti contrattuali relativi a ciascun appalto (art. 20), obbligo quest'ultimo, soggetto peraltro a deroghe (art. 21)". Una situazione del tipo di quella appena riportata, è stata - come annotato - innestata, sia pur con diversi riferimenti, nello stesso codice degli appalti. Nel ragionamento espresso con la sentenza, avrebbe un peso rilevante la precisazione sintetizzata con l'ottavo considerando della direttiva 1992/50/Ce trasfusa nel citato Dlgs n. 157/1995, per il quale "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." Il dato in questione, secondo il Consesso "consente di lumeggiare" pertanto, "la riproposizione della nozione di servizi legali nella

legislazione, comunitaria e nazionale, successiva, nel senso di limitare l'ambito di operatività della categoria ai soli affidamenti di servizi legali conferiti mediante un appalto - ossia un contratto caratterizzato da un *quid pluris*, sotto il profilo dell'organizzazione, della continuità e della complessità - rispetto al contratto di conferimento dell'incarico difensivo specifico, integrante mero contratto d'opera intellettuale, *species* del *genus* contratto di lavoro autonomo, come tale esulante dalla nozione di contratto di appalto *ratione materiae* abbracciata dal legislatore comunitario". In altre parole, come si legge nella pronuncia, il servizio legale, per essere oggetto di appalto, richiede un elemento di specialità, per prestazione e per modalità organizzativa, rispetto alla mera prestazione di patrocinio legale. Per sostenere la sostanziale differenza, a sommo avviso non totalmente persuasiva, il giudice attinge da asserzioni contenute sia nella determinazione dell'Avcp n. 4 del 7 luglio 2011, sia nell'intervento espresso con la deliberazione n. 19/2009 della Corte dei conti, sez. reg. della Basilicata. In particolare, secondo l'organo di vigilanza dei contratti pubblici "l'affidamento di servizi legali è (...) configurabile allorché l'oggetto del servizio non si esaurisca nel patrocinio legale a favore dell'ente, ma si configuri quale modalità organizzativa di un servizio, affidato a professionisti esterni, più complesso e articolato, che può anche comprendere la difesa giudiziale ma in essa non si esaurisce". Secondo la sezione regionale della Corte dei conti, a cui aderisce la pronuncia in commento, "le norme di tema di appalti di servizi vengono, (...), in rilievo quando il professionista sia chiamato a organizzare e strutturare una prestazione, altrimenti atteggiandosi a mera prestazione di lavoro autonomo in un servizio (nella fattispecie, legale), da adeguare alle utilità indicate dall'ente, per un determinato arco temporale e per un corrispettivo determinato" e "solo con riguardo a un appalto così strutturato, l'obbligo del committente di indicare, adeguandole alla natura del servizio, le specifiche tecniche che consentono di definire l'oggetto dell'appalto e le modalità della prestazione, assume concreta valenza selettiva delle offerte presentate proprio nell'ambito di un servizio organizzato e strutturato". Con le conseguenze che, il singolo specifico incarico, presidiato dalle disposizioni comunitarie volte a tutelare la libertà di stabilimento del prestatore "in quanto lavoratore, non può soggiacere, neanche nei sensi di cui all'articolo 27 del codice dei contratti pubblici, a una procedura concorsuale di stampo selettivo che si appalesa incompatibile con la struttura della fattispecie contrattuale, qualificata, alla luce dell'aleatorietà dell'iter del giudizio, dalla non predeterminabilità degli aspetti temporali, economici e sostanziali della prestazioni e dalla conseguente assenza di basi oggettive sulla scorta delle quali fissare i criteri di valutazione necessari in forza della disciplina recata dal codice dei contratti pubblici". Questo risulterebbe confermato, sempre a detta del giudice de quo,

LA SENTENZA

dalla necessità di prevedere una disciplina speciale in tema di servizi di ingegneria e di architettura ("volta a enucleare un sistema di qualificazione e di selezione per determinate tipologie di prestazioni d'opera") che finisce per confermare l'inesistenza di un principio generale di equiparazione tra singole prestazioni d'opera e "servizi intesi come complesso organizzato di utilità erogate con prestazioni ripetute e organizzate".

Considerazioni conclusive

Pur riconducibile a una sorta di *tertium genus* (quasi) innestato tra il contratto d'appalto e la specifica consulenza, della prestazione d'opera intellettuale il giudice riafferma l'esigenza che l'agere pubblico oggettivizzi le proprie scelte, latamente, fiduciarie. A tal riguardo, riformando la pronuncia di primo grado (del tribunale amministrativo del Lazio, sez. I, Latina n. 64/2011) che ha ricondotto l'incarico legale sotto l'egida dell'appalto escluso e, pertanto, ritenendolo soggetto alle disposizioni di principio di cui all'articolo 27, il giudice *de quo* puntualizza come debba restare inteso "che l'attività di selezione del difensore dell'ente pubblico, pur non soggiacendo all'obbligo di espletamento di una procedura comparativa di stampo concorsuale, è soggetta ai principi generali dell'azione amministrativa in materia di imparzialità, trasparenza e adeguata motivazione onde rendere possibile la decifrazione della congruità della scelta fiduciaria

posta in atto rispetto al bisogno di difesa da appagare". L'inciso ultimo, ovviamente condivisibile nel suo preciso richiamo all'articolo 1 della legge n. 241/1990, apre nell'odierno la questione della applicazione pratica del procedimento amministrativo necessario per la nomina del legale. Si allude, naturalmente, alla annosa questione, soprattutto - ma non solo - in tema di incarichi legali, della distinzione tra poteri di indirizzo politico e poteri gestionali e quindi a chi compete concretamente la nomina del legale. Che è cosa diversa, ovviamente, dalla questione relativa alla competenza sulla decisione o meno di resistere (o adire) in giudizio. Appare evidente che un procedimento svolto all'insegna dei principi appena richiamati si caratterizza per essere molto simile alla competizione che si innesta in tema (almeno) di gare informali. Si pensi per tutte, alla possibilità di utilizzare le acquisizioni in economia nella fattispecie dell'affidamento diretto oggi ammesso fino ai 40mila euro. Ciò sta a intendere che, nella affermata riconducibilità del singolo servizio legale alla categoria dell'appalto escluso, il procedimento si caratterizzava per speditezza mentre oggi, nella sostenuta necessità di affrancare l'incarico singolo dal novero degli appalti, il procedimento amministrativo di "conferimento" - per quanto informale - deve fondarsi su precise regole oggettive tese a garantire trasparenza e imparzialità che mal si conciliano con una pretesa fiduciarità dell'incarico.

COMUNICAZIONE IMPORTANTE PER GLI ABBONATI

Informiamo tutti i clienti che hanno scelto nel loro abbonamento anche il volume **Guida Pratica Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture** che, per offrirle un prodotto più aggiornato, Le verrà consegnato a partire dal settembre 2012.

Per ulteriori informazioni:
servizioclienti.periodici@ilsole24ore.com
oppure tel: 02 o 06/30225680

GRUPPO **24** ORE

