

# L'appalto per servizi legali

- ▶ Fondamentale è la differenza tra
- ▶ locatio operis (contratto di collaborazione in cui prevale l'aspetto individuale/fiduciario/autonomo)
- ▶ prestazioni di lavoro autonomo professionale il cui affidamento, sia pur rispettoso dei principi generali in tema di trasparenza ed economicità, è caratterizzato da un preminente elemento fiduciario
- ▶ e locatio operarum (contratto di lavoro subordinato)

- ▶ Nel momento in cui una delle parti è una p.a., occorre distinguere l'appalto di servizio legale rispetto al mandato singolo, tenendo presente la disciplina di cui al c.c. (art. 2230 e ss.)

- ▶ Fondamentale è la differenza di disciplina tra il dlgs nr 163 del 2006 e il nuovo codice dei contratti.

- ▶ Invero secondo il vecchio codice si distingueva tra incarico singolo (per cui non occorre gara, ma occorre sempre il rispetto dell'art. 7, comma 6, del dlgs nr. 165 del 2001)
- ▶
- ▶ e appalto per incarico legale (per il quale occorre effettuare una gara)

# I PRINCIPI GENERALI CHE VALGONO PER LA P.A.

- ▶ La materia delle collaborazioni esterne con le ppaa trova una sua più o meno completa allocazione nell'art. 7 del dlgs nr. 165 del 2001 (che a seguito della deliberazione nr. 6 del 2005 della Corte dei conti in sede di Sezioni Riunite ebbe un robusto *restyling*).

- ▶ Se il principio è quello dell'autoproduzione, è indubbio che per evidenti ragioni (di carenza di mezzi o di personale) è ben possibile il ricorso a personalità o esperti esterni.
- ▶ In particolare, il comma 6 così prevede:

- ▶ 6. Fermo restando quanto previsto dal comma 5-bis, per specifiche esigenze cui **non possono far fronte con personale in servizio** [ERGO occorre una ricognizione interna], le amministrazioni pubbliche possono conferire esclusivamente incarichi individuali, con contratti di lavoro autonomo, ad esperti di particolare e comprovata specializzazione anche universitaria, in presenza dei seguenti presupposti di legittimità:
  - ▶ a) l'oggetto della prestazione deve corrispondere alle competenze attribuite dall'ordinamento all'amministrazione conferente, ad obiettivi e progetti specifici e determinati e deve risultare coerente con le esigenze di funzionalità dell'amministrazione conferente;
  - ▶ b) *l'amministrazione deve avere preliminarmente accertato l'impossibilità oggettiva di utilizzare le risorse umane disponibili al suo interno;*
  - ▶ c) la prestazione deve essere di natura temporanea e altamente qualificata;
  - ▶ d) devono essere preventivamente determinati durata, oggetto e compenso della collaborazione; non è ammesso il rinnovo; l'eventuale proroga dell'incarico originario è consentita, in via eccezionale, al solo fine di completare il progetto e per ritardi non imputabili al collaboratore, ferma restando la misura del compenso pattuito in sede di affidamento dell'incarico.



# PER GLI ISCRITTI AD ALBI

- ▶ Si prescinde dal requisito della comprovata specializzazione universitaria in caso di stipulazione di contratti di collaborazione per attività che debbano essere svolte da
  - ▶ 1) **professionisti iscritti in ordini o albi o con**
  - ▶ 2) **soggetti che operino nel campo dell'arte, dello spettacolo dei mestieri artigianali o dell'attività informatica nonché a**
  - ▶ 3) **supporto dell'attività didattica e di ricerca, per i servizi di orientamento, compreso il collocamento, e di certificazione dei contratti di lavoro di cui al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, purché senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, ferma restando la necessità di accertare la maturata esperienza nel settore. Il ricorso ai contratti di cui al presente comma per lo svolgimento di funzioni ordinarie o l'utilizzo dei soggetti incaricati ai sensi del medesimo comma come lavoratori subordinati è causa di responsabilità amministrativa per il dirigente che ha stipulato i contratti. Il secondo periodo dell'articolo 1, comma 9, del decreto-legge 12 luglio 2004, n. 168, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2004, n. 191, è soppresso. Si applicano le disposizioni previste dall'articolo 36, comma 3, del presente decreto e, in caso di violazione delle disposizioni di cui al presente comma, fermo restando il divieto di costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato, si applica quanto previsto dal citato articolo 36, comma 5-quater.**

- ▶ Tanto premesso, in tema di conferimento di incarico a legali, è stato necessario confrontare la norma interna appena esposta con i vari d.lgs. che hanno tradotto nel nostro ordinamento le direttive comunitarie in tema di appalti pubblici.

- ▶ Con l'entrata in vigore del d.lgs. nr. 163 del 2006 la situazione delineata dalla giurisprudenza amministrativa era la seguente:
- ▶ per l'incarico singolo, caratterizzato dalla massima fiducia, non vige il principio della selezione pubblica;
- ▶ viceversa, se la p.a. intende appaltare il servizio legale o conferire ad un legale oltre la attività di difesa anche quella consulenziale, occorreva effettuare una procedura comparativa.

- ▶ Con l'entrata in vigore del d.lgs. nr. 50 del 2016 il quadro giuridico muta.

- ▶ **All'inizio**, la giurisprudenza del giudice amministrativo ha confermato la distinzione tra contratti di opera intellettuale di cui all'art. 2229 e ss. del c.c. (rientranti nell'ambito dei contratti esclusi di cui all'art. 17, comma 1, del d.lgs. 50 del 2016) e gli incarichi legali di consulenza ed assistenza a contenuto complesso inseriti in un quadro articolato di attività professionali organizzate, cui si applicano le norme del codice dei contratti sia pur semplificate.

- ▶ Però, una lettura sistematica delle disposizioni del d.lgs. n. 50 del 2016 consente di rilevare come il legislatore della riforma, con l'art. 4, più che delineare una vera e propria procedura comparativa, abbia inteso invocare il rispetto generale dei principi generali che regolano l'azione amministrativa in materia di imparzialità, trasparenza e adeguata motivazione, **non escludendo la possibilità di un affidamento diretto e fiduciario dei servizi legali.**

## Art. 4. (Principi relativi all'affidamento di contratti pubblici esclusi)

- ▶ Infatti l'art. 4 detta solo *principi*
- ▶ 1. L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, dei contratti attivi, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica.

- ▶ Non va sottaciuto, poi, un intervento della CGUE favorevole all'affidamento diretto sia dell'incarico singolo sia del servizio legale stante il vincolo fiduciario e di segretezza che deve legare il cliente con l'avvocato.



- La sentenza nella causa C-265/18 del 6 giugno 2019, confermando i prevalenti orientamenti giurisprudenziali, ha chiarito che *"A tale riguardo, occorre rilevare che l'articolo 10, lettera d), i) e ii), della direttiva 2014/24 non esclude dall'ambito di applicazione di detta direttiva tutti i servizi che possono essere forniti da un avvocato a un'amministrazione aggiudicatrice, ma unicamente la rappresentanza legale del suo cliente nell'ambito di un procedimento dinanzi a un organo internazionale di arbitrato o di conciliazione, dinanzi ai giudici o alle autorità pubbliche di uno Stato membro o di un paese terzo, nonché dinanzi ai giudici o alle istituzioni internazionali, ma anche la consulenza legale fornita nell'ambito della preparazione o dell'eventualità di un siffatto procedimento. Simili prestazioni di servizi fornite da un avvocato si configurano solo nell'ambito di un rapporto intuitu personae tra l'avvocato e il suo cliente, caratterizzato dalla massima riservatezza"*.

- ▶ In definitiva, la personalità dell'incarico, il rapporto fiduciario e il vincolo avvocato-cliente scongiurerebbero una esternalizzazione del servizio avvocatura al pari di altre attività, di carattere più materiale.

# Articolo 10

## Esclusioni specifiche per gli appalti di servizi

- ▶ La presente direttiva non si applica agli appalti pubblici di servizi:
- ▶ **d)** concernenti uno qualsiasi dei seguenti servizi legali:
- ▶ **i) rappresentanza legale** di un cliente da parte di un avvocato ai sensi dell'articolo 1 della direttiva 77/249/CEE del Consiglio:
  - ▶ – in un arbitrato o in una conciliazione tenuti in uno Stato membro, un paese terzo o dinanzi a un'istanza arbitrale o conciliativa internazionale; oppure
  - ▶ – in procedimenti giudiziari dinanzi a organi giurisdizionali o autorità pubbliche di uno Stato membro o un paese terzo o dinanzi a organi giurisdizionali o istituzioni internazionali;
- ▶ **ii) consulenza legale** fornita in preparazione di uno dei procedimenti di cui alla presente lettera, punto i), o qualora vi sia un indizio concreto e una probabilità elevata che la questione su cui verte la consulenza divenga oggetto del procedimento in questione, sempre che la consulenza sia fornita da un avvocato ai sensi dell'articolo 1 della direttiva 77/249/CEE;

- ▶ sentenza nr. 509 del 2021 di assoluzione della Sezione Lazio della Corte dei conti

- ▶ Se si vuol procedere con la esternalizzazione, comunque, la esistenza di una norma come l'art. 13 bis che tra poco andremo ad esaminare dequota l'aspetto economico

- ▶ E' chiaro che se si nomina sempre lo stesso legale vi potrebbero essere ombre sull'operato della amministrazione

# CHI FIRMA IL MANDATO AL LEGALE?

- ▶ Il Sindaco o, sulla base dello Statuto, il dirigente

# CHI DEVE INDIVIDUARLO?

- ▶ Con ogni probabilità il dirigente



- ▶ Chiaramente se il legale dell'ente è anche consigliere comunale, si pone innanzitutto un problema di opportunità; non tanto di conflitto di interessi, perché il consigliere non è dipendente e non gli si applica l'art. 6 bis della legge nr. 241 del 1990

# Art. 78, comma 2, del TUEL

- ▶ Gli amministratori di cui all'articolo 77, comma 2, devono astenersi dal prendere parte alla discussione ed alla votazione di **delibere riguardanti interessi propri o di loro parenti o affini sino al quarto grado**. L'obbligo di astensione non si applica ai provvedimenti normativi o di carattere generale, quali i piani urbanistici, se non nei casi in cui sussista una correlazione immediata e diretta fra il contenuto della deliberazione e specifici interessi dell'amministratore o di parenti o affini fino al quarto grado.

# LA PUBBLICAZIONE DEGLI ESTREMI DEL CONFERIMENTO

- ▶ Se è appalto di servizi (forse anche nella forma) allora si applica il 37 del dlgs nr. 33 del 2013, che richiama il dlgs nr. 50 del 2016;
- ▶ Se nonostante la forma di appalto di servizi è incarico singoli, sicuramente va applicato anche l'art. 15

- ▶ Chiaramente quanto detto per un ente locale vale anche per la società in house

# LA ROTAZIONE

- ▶ Anche qui vi sarebbe molto da dire, specie con riferimento alla possibilità di selezionare nuovamente un professionista già scelto

# MODALITA' DELLA GARA

- ▶ Una volta scelta la modalità di selezione del professionista, si devono applicare le norme del codice dei contratti e le linee guida ANAC

# QUANTO AL CIG

- ▶ Comunicato del Presidente Anac del 16.10.2019
- ▶ Oggetto: Indicazioni relative all'obbligo di acquisizione del CIG e di pagamento del contributo in favore dell'Autorità per le fattispecie escluse dall'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici.

- ▶ Servizi legali esclusi
- ▶ Importi al di sotto di € 40.000 SmartCIG
- ▶ Sopra 40.000 CIG
- ▶ Contributo ANAC SI



# IL COMPENSO

- ▶ A seguito della liberalizzazione delle tariffe forensi (d.l. nr. 248 del 2006) e della abrogazione dei minimi tariffari, effettivamente si poteva parlare di *gara al massimo ribasso* nel caso di consulenza legale o affidamento di incarico di patrocinio.

- ▶ Se si potevano pattuire compensi al di sotto dei minimi, allora sarebbe stato conveniente, dal punto di vista economico, per le pubbliche amministrazioni, pubblicare un vero e proprio bando assegnando l'incarico o il servizio legale al miglior offerente.

- ▶ Come un pendolo, però, anche la materia della deroga ai minimi tariffari è oscillata da una liberalizzazione estrema ad una tutela minimale.

- ▶ Come è noto, infatti, alla legge nr. 247 del 2012, regolante l'esercizio della professione forense, è stato aggiunto l'art. 13 *bis* che ha introdotto il principio dell'equo compenso, *determinato nelle convenzioni di cui al comma 1 quando risulta proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, nonché al contenuto e alle caratteristiche della prestazione legale, e conforme ai parametri previsti dal regolamento di cui al decreto del Ministro della giustizia adottato ai sensi dell'articolo 13, comma 6.*
- ▶ Articolo inserito dall' art. 19-*quaterdecies*, comma 1, D.L. 16 ottobre 2017, n. 148, convertito, con modificazioni, dalla L. 4 dicembre 2017, n. 172. L'estensione dell'applicabilità delle previsioni di cui al predetto articolo anche alla pubblica amministrazione è prevista dall' art. 19-*quaterdecies*, commi 2 e 4-bis del medesimo D.L. n. 148/2017, come modificato dall' art. 1, comma 488, L. 27 dicembre 2017, n. 205.

- ▶ Stante, pertanto, il principio dell'equo compenso parametrato alle tariffe professionali, quanto meno dalla entrata in vigore dell'art. 13 *bis* risulterà difficile, almeno in linea di principio, prevedere gare al massimo ribasso per la scelta di professionisti esterni, tra cui i legali.

# BREVE DISAMINA DELLA NORMA

- ▶ Ai fini del presente articolo, si considera equo il compenso determinato nelle convenzioni di cui al comma 1 quando risulta proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, nonché al contenuto e alle caratteristiche della prestazione legale, e conforme ai parametri previsti dal regolamento di cui al decreto del Ministro della giustizia adottato ai sensi dell'articolo 13, comma 6

# VESSATORIETA'

- ▶ Ai fini del presente articolo si considerano vessatorie le clausole contenute nelle convenzioni di cui al comma 1 che determinano, anche in ragione della non equità del compenso pattuito, un **significativo squilibrio** contrattuale a carico dell'avvocato.



- ▶ Il giudice, accertate la non equità del compenso e la vessatorietà di una clausola a norma dei commi 4, 5 e 6 del presente articolo, dichiara la nullità della clausola e determina il compenso dell'avvocato tenendo conto dei parametri previsti dal regolamento di cui al decreto del Ministro della giustizia adottato ai sensi dell'articolo 13, comma 6.

- ▶ Un'ultima considerazione.
- ▶ Se il compenso deve essere parametrato alle tariffe legali, sarà difficile ipotizzare il danno

# IL CONTESTO DELLA NORMA

- ▶ L'articolo in questione (il 13 *bis*) è stato inserito in sede di conversione del seguente d.l.
- ▶ Disposizioni urgenti in materia finanziaria e per esigenze indifferibili. Modifica alla disciplina dell'estinzione del reato per condotte riparatorie.
- ▶ Violazione art. 77 Cost.

## UN SUGGERIMENTO

- ▶ il sistema che potrebbe coniugare efficienza e trasparenza è quello delineato fin dal 1940 in tema di incarichi da parte dei magistrati, regolati dalle disposizioni di attuazione del codice di procedura civile.

- ▶ Le norme in esame prevedono la istituzione e tenuta di un albo (una *short list* per dirla in termini moderni) presso il quale si possono iscrivere gli esperti che desiderano ricevere incarichi dai magistrati del tribunale.

- ▶ Al fine di consentire una equa rotazione l'art. 23, primo comma, delle predette disposizioni, con una formulazione connotata da chiarezza e sinteticità, prevede che il presidente del tribunale vigila affinché, senza danno per l'amministrazione della giustizia, gli incarichi siano equamente distribuiti tra gli iscritti nell'albo in modo tale che a nessuno dei consulenti iscritti possano essere conferiti incarichi in misura superiore al 10 per cento di quelli affidati dall'ufficio, e garantisce che sia assicurata l'adeguata trasparenza del conferimento degli incarichi anche a mezzo di strumenti informatici.

- ▶ Pertanto, in una ottica di trasparenza e rotazione, proiezioni dell'art. 97 della Carta costituzionale, tutte le pubbliche amministrazioni dovrebbero dotarsi di un regolamento interno che mutui il precetto legislativo.

# GLI INCARICHI NOTARILI

- ▶ Anche quella del notaio è una professione protetta (iperprotetta direi) per la quale varrebbero gli stessi principi degli avvocati.
- ▶ Però, poiché per i notai NON si può andare al di sotto dei minimi e NON vi sono i notai specializzati, l'elenco secondo me è la cosa migliore



# IL PAGAMENTO DEI LEGALI

## ART. 48 bis d.P.R. nr. 602 del 1973

- ▶ verificano, anche in via telematica, se il beneficiario e' inadempiente all'obbligo di versamento derivante dalla notifica di **una o piu' cartelle di pagamento** per un ammontare complessivo pari almeno a tale importo e, in caso affermativo, non procedono al pagamento e segnalano la circostanza all'agente della riscossione competente per territorio, ai fini dell'esercizio dell'attivita' di riscossione delle somme iscritte a ruolo.

# IL RIMBORSO IN CASO DI ASSOLUZIONE

- ▶ 1) dipendenti statali
- ▶ 2) dipendenti EELL

# PER LO STATO

- ▶ 1. Le spese legali relative a giudizi per responsabilità civile, penale e amministrativa, promossi nei confronti di dipendenti di amministrazioni statali in conseguenza di fatti ed atti connessi con l'espletamento del servizio o con l'assolvimento di obblighi istituzionali e conclusi con sentenza o provvedimento che **escluda la loro responsabilità**, sono rimborsate dalle amministrazioni di appartenenza **nei limiti riconosciuti congrui dall'Avvocatura dello Stato**. Le amministrazioni interessate, sentita l'Avvocatura dello Stato, possono concedere anticipazioni del rimborso, salva la ripetizione nel caso di sentenza definitiva che accerti la responsabilità.

# UN POCO DI GIURISPRUDENZA

- ▶ *Sez. L - , Sentenza n. [28597](#) del 08/11/2018*
- ▶ In materia di pubblico impiego privatizzato, l'amministrazione è tenuta al rimborso delle spese legali sostenute dal dipendente assolto in esito ad un processo penale **solo quando i fatti oggetto dell'imputazione siano connessi con l'espletamento del servizio o con l'assolvimento degli obblighi istituzionali**, non quando il rapporto di lavoro abbia costituito una mera occasione per la commissione dei fatti a lui imputati. (Nella specie, è stata respinta la domanda di un funzionario addetto all'ufficio passaporti di una questura, imputato e poi assolto dai reati di peculato e ricettazione di valori bollati)

- ▶ *Sez. L - , Sentenza n. [20561](#) del 06/08/2018*
- ▶ In materia di pubblico impiego, il contributo da parte della P.A. alle spese per la difesa del proprio dipendente, imputato in un procedimento penale, presuppone l'esistenza di uno specifico interesse, ravvisabile ove l'attività sia imputabile alla P.A. - e, dunque, si ponga in diretta connessione con il fine pubblico - e sussista un nesso di strumentalità tra l'adempimento del dovere ed il compimento dell'atto, atteso che il diritto al rimborso costituisce manifestazione di un principio generale di difesa volto, da un lato, a tutelare l'interesse personale del dipendente coinvolto nel giudizio nonché l'immagine della P.A. per cui lo stesso abbia agito, e, dall'altro, a riferire al titolare dell'interesse sostanziale le conseguenze dell'operato di chi agisce per suo conto. (Nella specie, è stata esclusa la sussistenza delle condizioni per il rimborso in relazione ad un procedimento penale per timbratura del cartellino marcatempo di altro dipendente, a nulla rilevando l'intervenuta assoluzione).

# PER GLI EELL

- ▶ Innanzitutto CCNL 14.9.2000 art. 28
- ▶ 1. L'ente, anche a tutela dei propri diritti ed interessi, ove si verifichi l'apertura di un procedimento di responsabilità civile o penale nei confronti di un suo dipendente per fatti o atti direttamente connessi all'espletamento del servizio e all'adempimento dei compiti d'ufficio, assumerà a proprio carico, a condizione che non sussista conflitto di interessi, ogni onere di difesa sin dall'apertura del procedimento, facendo assistere il dipendente da un legale di comune gradimento.
- 2. In caso di sentenza di condanna esecutiva per fatti commessi con dolo o colpa grave, l'ente ripeterà dal dipendente tutti gli oneri sostenuti per la sua difesa in ogni stato e grado del giudizio.

# CCNL FUNZIONI LOCALI 2016 2018 art. 82

## DIRIGENTI

- ▶ Qualora il dirigente, sempre a condizione che non sussista conflitto d'interesse, intenda nominare un legale o un consulente tecnico di sua fiducia in sostituzione di quello messo a disposizione dall'Azienda o Ente o a supporto dello stesso, vi deve essere il previo comune gradimento dell'Azienda o Ente e i relativi oneri sono interamente a carico dell'interessato. Nel caso di conclusione favorevole del procedimento, l'Azienda o l'Ente procedono al rimborso delle spese legali e di consulenza nel limite massimo dei costi a suo carico qualora avesse trovato applicazione il comma 1, che comunque, non potrà essere inferiore, relativamente al legale, ai parametri minimi ministeriali forensi. Tale ultima clausola si applica anche nei casi in cui al dirigente, prosciolto da ogni addebito, non sia stato possibile applicare inizialmente il comma 1 per presunto conflitto di interesse ivi inclusi i procedimenti amministrativo-contabili ove il rimborso avverrà nei limiti di quanto liquidato dal giudice, secondo le previsioni dell'art. 31 del D. Lgs. 174/2016

# SEGRETARI ART. 104

- ▶ L'ente, anche a tutela dei propri diritti ed interessi, ove si verifichi l'apertura di un procedimento di responsabilità civile o penale nei confronti del segretario per fatti o atti direttamente connessi all'espletamento delle funzioni attribuite e all'adempimento dei compiti d'ufficio, anche per le ipotesi di incarichi di reggenza o di supplenza, assumerà a proprio carico, a condizione che non sussista conflitto di interessi, ogni onere di difesa sin dall'apertura del procedimento, facendo assistere il segretario da un legale di comune gradimento.
- ▶ MANCA IL RICHIAMO AL CODICE DI GIUSTIZIA CONTABILE