**Convegno UPI-ANCI Piemonte – Torino, 20 gennaio 2017**

**Gli adempimenti in scadenza al 31 gennaio 2017 per la prevenzione della corruzione e le linee-guida per le città metropolitane**

***Il conferimento di incarichi di consulenza e collaborazione da parte degli enti locali e delle società partecipate, alla luce del nuovo Codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 50 del 2016, e del testo unico sulle società pubbliche, d.lgs. n. 175 del 2016.***

**di Donato Centrone, magistrato della Corte dei conti**

**Sommario**

[I. Il conferimento di incarichi a personale esterno da parte della PA 1](#_Toc472671791)

[II. L’estensione delle procedure per il conferimento di incarichi di collaborazione alle società pubbliche 3](#_Toc472671792)

[III. Il conferimento di incarichi a professionisti esterni da parte di società pubbliche dopo il d.lgs. n. 175 del 2016 3](#_Toc472671793)

[IV. Il conferimento di incarichi di consulenza e collaborazione, da parte di enti locali e società partecipate, alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici. 3](#_Toc472671794)

[V. La posizione dell’ANAC (deliberazione n. 1158/2016) 3](#_Toc472671795)

[VI. Una differente proposta interpretativa 3](#_Toc472671796)

## I. Il conferimento di incarichi a personale esterno da parte della PA

La disciplina del conferimento di incarichi di consulenza e collaborazione da parte delle pubbliche amministrazioni è contenuta nell’art. 7, commi 6 e seguenti, del d.lgs. n. 165 del 2001, testo unico sul pubblico impiego (TUPI). La norma prescrive che le PA, solo per esigenze cui non possono far fronte con personale in servizio, possano conferire incarichi, con contratti di lavoro autonomo, di natura occasionale (artt. 2222 e 2229 cod. civ.) o coordinata e continuativa (oggi regolamentati dall’art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015), ad esperti di particolare e comprovata specializzazione anche universitaria (salve le eccezioni più avanti riportate). In particolare, la norma richiede l’accertamento preliminare di predeterminati presupposti: a) oggetto della prestazione corrispondente alle competenze attribuite dall'ordinamento all'amministrazione conferente, nonché ad obiettivi e progetti specifici; b) impossibilità oggettiva di utilizzare le risorse umane interne; c) temporaneità della prestazione (con divieto di rinnovo e proroga dell'incarico originario solo in via eccezionale al solo fine di completare il progetto, e sempre che i ritardi non siano imputabili al collaboratore); d) preventiva determinazione di durata, luogo, oggetto e compenso della collaborazione. Per quanto concerne il presupposto principe per l’individuazione del soggetto incaricato (la professionalità), la norma precisa che si possa prescindere dal requisito della comprovata specializzazione universitaria per le attività che debbano essere svolte da professionisti iscritti in ordini o albi ovvero da soggetti che operino nel campo dell'arte, dello spettacolo, dei mestieri artigianali o dell'informatica, nonché a supporto dell'attività didattica e di ricerca, per i servizi di orientamento, compreso il collocamento, e di certificazione dei contratti. Resta ferma, naturalmente, la necessità di accertare la maturata esperienza nel settore.

Il presupposto della temporaneità del rapporto è rafforzato dall’ultimo periodo del comma 6, che individua una forma di responsabilità amministrativa tipizzata, a carico del dirigente responsabile, nel caso in cui le PA facciano ricorso a contratti di collaborazione coordinata e continuativa per lo svolgimento di funzioni ordinarie ovvero utilizzino i collaboratori come lavoratori subordinati. Sempre sotto il profilo sanzionatorio, il comma 6 dell’art. 7 richiama, fermo restando il divieto di costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato (proprio dei rapporti c.d. flessibili instaurati con la PA), quanto previsto dall’articolo 36, comma 5-quater, del medesimo d.lgs. n. 165 del 2001. A mente di quest’ultima disposizione, pertanto, anche i contratti di consulenza e collaborazione, posti in essere in violazione dell’art. 7, commi 6 e seguenti, del d.lgs. n. 165 del 2001, sono nulli e determinano responsabilità erariale. Inoltre, per i dirigenti conferenti, scattano, altresì, le responsabilità c.d. dirigenziali, previste dall’articolo 21 del medesimo d.lgs. n. 165 del 2001[[1]](#footnote-1).

L’art. 7 del d.lgs. n. 165 del 2001, dopo aver disciplinato, all’esaminato comma 6, i presupposti per il conferimento di un incarico di consulenza o collaborazione, e le relative sanzioni in caso di inosservanza, al successivo comma 6-bis impone alle amministrazioni di rendere pubbliche, secondo i propri ordinamenti, le procedure comparative da seguire per il conferimento. Inoltre, per quanto riguarda gli enti locali, il comma 6-ter prescrive che i regolamenti di cui all'articolo 110, comma 6, del d.lgs. n. 267 del 2000 (TUEL), si adeguino ai medesimi principi. Il richiamato art. 110, comma 6, permette di disciplinare, mediante regolamento interno, il conferimento di collaborazioni esterne ad alto contenuto di professionalità e per obiettivi determinati. Il ridetto comma 3-ter dell’art. 7 TUPI, tuttavia, era stato inserito dall'art. 32, comma 1, del decreto-legge n. 223 del 2006, convertito dalla legge n. 248 del 2006, in un momento in cui gli incarichi dirigenziali e di alta professionalità, conferibili ai sensi dei commi 1 e 2 del citato art. 110 del TUEL, potevano essere attribuiti (almeno in base al tenore letterale della norma) anche in maniera fiduciaria. Oggi, invece, dopo la novella apportata dall’art. 11 del decreto-legge n. 90 del 2014, convertito dalla legge n. 111 del 2014, anche questi ultimi vanno conferiti “*previa selezione pubblica volta ad accertare, in capo ai soggetti interessati, il possesso di comprovata esperienza pluriennale e specifica professionalità nelle materie oggetto dell'incarico*”. Per quanto concerne in generale gli enti locali, infine, l’obbligo di una previa procedura comparativa era stato ribadito dall’art. 3, comma 56, della legge n. 244 del 2007, presidiandolo con altra specifica ipotesi di responsabilità erariale in caso di violazione.

L’art. 7, comma 6-quater, del d.lgs. n. 165 del 2001, invece, è opportuno ricordarlo, esclude espressamente dall’applicazione delle esposte disposizioni il conferimento degli incarichi di componente degli organi di controllo interno (per esempio, di revisione economico-finanziaria e sindacale presso le PA[[2]](#footnote-2)) e dei nuclei di valutazione.

## II. L’estensione delle procedure per il conferimento di incarichi di collaborazione alle società pubbliche

Tale quadro normativo risultava esteso, in parte, anche alle società pubbliche dall’art. 18, commi 1 e 2, del decreto-legge n. 112 del 2008, convertito dalla legge n. 133 del 2008. Il primo comma della ridetta disposizione, infatti, prevedeva che le società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica adottassero, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'articolo 35 del d.lgs. n. 165 del 2001. Inoltre, in virtù del comma 2, le altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo dovevano adottare, sempre con propri provvedimenti, similari criteri e modalità nel rispetto, tuttavia, dei soli principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità.

Le due norme, con disciplina distinta per quelle gerenti servizi pubblici locali (quindi detenute da enti locali o, al limite, dalla regione) e per le altre a partecipazione totalitaria o di controllo, imponevano alle ridette società di adottare una procedura di evidenza pubblica per il conferimento di incarichi professionali a personale esterno, richiamando, tuttavia, non i presupposti e le procedure previste dall’esaminato art. 7, comma 6, del d.lgs. n. 165 del 2001, ma i principi elencati nell’art. 35, comma 3, del d.lgs. n. 165 del 2001 o quelli, di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità, che riguardano, in entrambi i casi, la sola procedura amministrativa prodromica alla stipula del contratto, non i presupposti di quest’ultima. Per gli incarichi stipulati da società pubbliche, sia che si tratti dell’aggregato oggetto del primo che del secondo comma dell’art. 18 del decreto-legge n. 112 del 2008, il legislatore non aveva, pertanto, previsto una disciplina così analitica come quella disposta, nell’art. 7, comma 6, del d.lgs. n. 165 del 2001, per quelli conferiti da pubbliche amministrazioni. Infatti, se, da un lato, l’art. 18 del decreto-legge n. 112 del 2008, fa generico riferimento agli “incarichi”, permettendo di ritenere che l’ambito di applicazione oggettivo sia esteso a tutti i contratti d’opera, di opera intellettuale o di collaborazione a progetto stipulati dalle società pubbliche ivi indicate, dall’altro, non richiama i presupposti previsti dall’art. 7, comma 6, del TUPI (né le conseguenti sanzioni in caso di inosservanza), ma solo la necessità di disciplinare una trasparente ed imparziale procedura di conferimento (esigenza che, per le pubbliche amministrazioni, è contenuta nel comma 6-bis dell’art. 7). La differente regolamentazione prevista per gli incarichi conferiti da società pubbliche rimarcava la possibilità, per queste ultime, per quanto non previsto da specifiche disposizioni di legge, di seguire le regole del codice civile. In questa direzione, l’art. 4, comma 13, del decreto-legge n. 95 del 2012, convertito dalla legge n. 135 del 2012, nell’introdurre vari disposizioni limitative alla detenzione di società partecipate ed alla loro organizzazione, aveva già precisato come le disposizioni del medesimo articolo e “*le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali*”. Tale ultima norma, unitamente all’art. 18 del decreto-legge n. 112 del 2008, risulta abrogata dall’art. 28, comma 1, lett. g) e q), del testo unico sulle società partecipate, d.lgs. n. 175 del 2016, che ne ha, tuttavia, ribadito la portata precettiva nell’art. 1, comma 3, più avanti oggetto di esame.

## III. Il conferimento di incarichi a professionisti esterni da parte di società pubbliche dopo il d.lgs. n. 175 del 2016

Il nuovo testo unico sulle società pubbliche (TUSP), pur avendo abrogato, come detto, l’art. 18, commi 1 e 2, del decreto-legge n. 112 del 2008, ha riprodotto le esposte disposizioni nell’art. 19, introducendo, tuttavia, alcune significative modificazioni. Tale norma, infatti, al comma 2, impone a tutte le società a controllo pubblico (senza distinguere fra tipologia di servizi gestiti e natura dell’ente socio) di stabilire, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale, nel rispetto dei princìpi, anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità e imparzialità, nonché dei princìpi posti dall'art. 35, comma 3, del d.lgs. n. 165 del 2001. La nuova norma impone l’osservanza di entrambi i parametri già esaminati e ne rafforza la cogenza, prescrivendo che, in caso di mancata adozione dei suddetti provvedimenti, trovino diretta applicazione i precetti posti dal suddetto art. 35, comma 3. In virtù dell’art. 19, comma 3, inoltre, gli atti indicati vanno pubblicati sul sito istituzionale della società[[3]](#footnote-3).

Tuttavia, il tenore letterale del citato art. 19 non fa più riferimento al conferimento di incarichi, ma al solo reclutamento di personale, con rapporto di lavoro subordinato, sia a tempo indeterminato che determinato, come confermato non tanto dalla rubrica dell’articolo (pure significativa, “*gestione del personale*”) quanto dal contenuto precettivo degli altri commi, riferiti univocamente alla disciplina assunzionale e retributiva del personale, nonché ai processi di internalizzazione o mobilità. Il nuovo testo unico sulle società partecipate, pertanto, sembra aver volutamente omesso la pregressa estensione, sia pure parziale, della disciplina procedurale per il conferimento degli incarichi di consulenza e collaborazione, prevista per le PA (e, in particolare, per gli enti locali), alle società da questi ultimi controllate. Va osservato, infatti, sotto un profilo sistematico come anche altre previgenti disposizioni, abrogate dall’art. 28 del d.lgs. n. 175 del 2016, sono state riprodotte non sempre fedelmente (si pensi, oltre all’art. 19 per quanto riguarda le procedure di assunzione del personale, all’art. 4 in materia di presupposti e limiti alla costituzione e acquisizione di partecipazioni, all’art. 14, comma 5, in materia di soccorso finanziario[[4]](#footnote-4) o all’art. 21 imponente accantonamenti nel bilancio dell’ente partecipante in caso di perdita d’esercizio della società partecipata[[5]](#footnote-5), etc.), palesando la volontà del legislatore di recepire, a volte, integralmente la previgente disciplina, altre in maniera incompleta ovvero inserendo elementi di novità.

Inoltre, come accennato, il d.lgs. n. 175 del 2016 si apre (art. 1, comma 3) con l’espressa previsione in base alla quale “*per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato*”, che replica e rafforza quanto già disposto dal previgente citato art. 4, comma 13, del decreto-legge n. 95 del 2012 (di conseguenza abrogato).

La marcata impronta civilistica del decreto (salve le, comunque cospicue, eccezioni) si rinviene, altresì, nella norma che disciplina i limiti assunzionali e retributivi per il personale delle società pubbliche, che, in modo espresso, si precisa che “s*alvo quanto previsto dal presente decreto, ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle società a controllo pubblico si applicano le disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile, dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, ivi incluse quelle in materia di ammortizzatori sociali, secondo quanto previsto dalla normativa vigente, e dai contratti collettivi*” (art. 19, comma 1).

Tuttavia, anche e soprattutto nell’ottica della preventiva definizione di procedure atte a ridurre i rischi di corruzione nei processi negoziali delle pubbliche amministrazioni (su cui si incentrano, per esempio, le linee guida ANAC sul PNA 2015, approvate con le determinazioni n. 8/2015 e n. 12/2015, nonché, da ultimo, per il 2016, con la delibera n. 831/2016), si ritiene che l’ente locale socio debba intervenire, con proprie direttive, nei confronti degli organi sociali, al fine di sollecitare, o imporre, non solo l’adozione di procedure comparative per il conferimento di incarichi di consulenza o collaborazione da parte delle proprie società partecipate, ma anche di replicare, mediante autoregolamentazione, la disciplina in materia di presupposti prevista dall’art. 7, comma 6, del TUPI, nonché, infine, prescrivere limiti di costo similari a quelli che l’ente locale deve osservare in virtù di specifiche norme di finanza pubblica.

Per quanto riguarda gli strumenti giuridici utilizzabili a tal fine, oltre a richiamare, in primo luogo, le regole civilistiche afferenti ai rapporti fra assemblea (socio/ente locale) ed amministratori (nominati dal socio/ente locale), vanno tenute in considerazione sia le disposizioni in materia di controlli interni dettate dagli art. 147, e seguenti, del TUEL (dopo la novella apportata dal decreto-legge n. 174 del 2012, convertito dalla legge n. 213 del 2013) che quelle recate dal testo unico sulle società pubbliche, in particolare agli artt. 6 e 19, commi 5, 6, e 7.

Sotto il primo profilo, va ricordato come l’art. 2364 del codice civile attribuisca alla competenza dell’assemblea ordinaria, oltre alla nomina ed alla revoca degli amministratori (obbligati a seguire le direttive del socio, secondo lo schema della responsabilità nel contratto di mandato), le autorizzazioni *“eventualmente richieste dallo statuto per il compimento di atti degli amministratori*”. Pertanto, appare possibile, previa eventuale modifica statutaria, che il socio pubblico possa richiedere, in sede assembleare, mediante approvazione di un atto regolamentare generale ovvero ogni volta che si presenti l’occasione, che l’atto di conferimento di incarichi di collaborazione o consulenza da parte degli amministratori (o dei dirigenti) si conformi ai presupposti e requisiti richiesti per le PA socie dall’art. 7, commi 6 e 6-bis, del d.lgs. n. 165 del 2001 (ovvero, quantomeno, ai principi da essi desumibili). Ambiti ancora più ampi per l’esplicazione della volontà del socio pubblico si rinvengono nella disciplina di governo delle società a responsabilità limitata (cfr. artt. 2475 e 2479, anche dopo i vincoli introdotti per quelle pubbliche dall’art. 11, comma 5, del d.lgs. n. 175 del 2016).

Venendo alle norme di natura amministrativa, il già ricordato art. 147 del d.lgs. n. 267 del 2000, dopo la novella apportata dal decreto-legge n. 174 del 2012, impone agli enti locali di individuare strumenti e metodologie per garantire la legittimità, la regolarità e la correttezza dell'azione amministrativa. A tal fine, prevede che il sistema di controllo interno sia diretto, fra l’altro, per province, città metropolitane e comuni aventi popolazione superiore ai 15.000 abitanti, a verificare l'efficacia, l'efficienza e l'economicità degli organismi gestionali esterni dell'ente[[6]](#footnote-6). L’art. 147-quater del TUEL prescrive, infatti, che il controllo sulle società partecipate non quotate deve definire gli obiettivi gestionali a cui deve tendere la società e organizzare un idoneo sistema informativo finalizzato a rilevare i rapporti finanziari con l'ente socio, la situazione contabile, gestionale e organizzativa, la qualità dei servizi, nonché, infine, il rispetto delle norme di legge sui vincoli di finanza pubblica. Su tale base, l'ente locale deve effettuare un monitoraggio periodico, analizzando gli scostamenti rispetto agli obiettivi assegnati ed individuando le opportune azioni correttive. Si tratta, fra l’altro, di obblighi presidiati da una specifica forma di responsabilità amministrativa sanzionatoria, posto che l’art. 148 del TUEL, come novellato dal decreto-legge n. 174 del 2012, prevede che, in caso di assenza o inadeguatezza degli strumenti e delle metodologie di controllo interno, fermo restando l’ordinaria responsabilità amministrativa (nella ricorrenza dei relativi presupposti), le sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei conti possano irrogare agli amministratori responsabili la condanna ad una sanzione pecuniaria da un minimo di cinque fino ad un massimo di venti volte la retribuzione mensile lorda.

Appare evidente come le imposte procedure e modalità di controllo interno sulle società partecipate non quotate, pur non trattando esplicitamente la questione, possano costituire il formale provvedimento con il quale l’ente locale socio o gli enti locali soci richiedono a queste ultime l’osservanza, ai fini del conferimento di incarichi di consulenza e collaborazione, di regole similari a quelle prescritte, in punto di presupposti, procedure e limiti finanziari, agli enti pubblici. Sotto il profilo del rispetto delle regole di evidenza pubblica, può osservarsi, altresì, come il legislatore, nella parallela ed, a volte sovrapponibile, materia dei contratti pubblici, abbia definitivamente assoggettato le società c.d. “*in house*” all'acquisto di lavori, beni e servizi secondo la disciplina di cui al d.lgs. n. 50 del 2016 (art. 16, comma 7, del d.lgs. n. 175 del 2016). E lo ha fatto prescindendo dalla ricorrenza, in capo a queste ultime (pur, nella generalità dei casi, presente), dei presupposti per la qualificazione in termini di organismo di diritto pubblico (di cui non è richiesto l’accertamento), adottando una scelta, oltre che chiara, conforme all’ordinamento comunitario (che, come noto, anche se non è questo propriamente il caso, non preclude al legislatore nazionale di introdurre regole pro concorrenziali, imponenti obblighi ulteriori rispetto a quelli posti dalle direttive UE).

Altro fondamento normativo funzionale, in un’ottica di prevenzione della corruzione, ad estendere alle società le regole o, quantomeno, i principi pubblici prodromici al conferimento di incarichi di consulenza e collaborazione, si rinviene negli artt. 6 e 19 del d.lgs. n. 175 del 2016. La prima norma prevede, al comma 3, che le società a controllo pubblico possano integrare (con necessaria motivazione, tuttavia, in caso di omissione) gli strumenti di governo societario con “*regolamenti interni volti a garantire la conformità dell'attività della società alle norme di tutela della concorrenza*” o, anche, con un ufficio di controllo interno “*che collabora con l'organo di controllo statutario*” e gli trasmette periodicamente “*relazioni sulla regolarità e l'efficienza della gestione*”, nonché con codici di condotta.

Più specifico l’art. 19 che, al comma 5, impone alle amministrazioni pubbliche socie di fissare, con propri provvedimenti, obiettivi specifici, annuali e pluriennali, sul complesso delle spese di funzionamento, ivi comprese, ma non solo, quelle per il personale, delle società controllate. Queste ultime, a loro volta, in virtù del comma 6, devono garantire il concreto perseguimento degli obiettivi posti dai soci, tramite propri provvedimenti. Entrambe le categorie di atti vanno poi pubblicati sul sito istituzionale della società e delle pubbliche amministrazioni socie (e, in caso di mancata o inesatto adempimento, anche in questo caso il legislatore richiama l’applicazione delle sanzioni previste dai già esaminati articoli 22, comma 4, 46 e 47, comma 2, del d.lgs. n. 33 del 2013). Pertanto, mediante le direttive di cui al comma 5 dell’art. 19, il socio pubblico può imporre, alle società controllate, di conseguire specifici obiettivi di contenimento delle spese di funzionamento, all’interno delle quali sono comprese quelle derivanti dalla stipula di contratti di collaborazione o consulenza. Tali direttive potrebbero limitarsi a richiedere un mero contenimento del costi, ovvero, in combinato disposto con le norme già illustrate, imporre alle società di accertare, prima di conferire incarichi a soggetti esterni, la ricorrenza di presupposti similari a quelli previsti dall’art. 7, comma 6, del d.lgs. n. 165 del 2001, nonché, sia al fine di conseguire risparmi che di assicurare la qualità della prestazione fornita (che attenua il rischio di emersione di oneri successivi), di osservare, ai fini del conferimento, le procedure comparative prescritte dal comma 6-bis del medesimo art. 7.

## IV. Il conferimento di incarichi di consulenza e collaborazione, da parte di enti locali e società partecipate, alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici.

Fino a questo momento si è dato per scontato che la stipula di contratti d’opera o d’opera intellettuale (in gergo amministrativo e, spesso, anche legislativo, denominati “*consulenze*”) e di collaborazione (prima coordinate e continuative, poi a progetto, oggi “*organizzate dal committente*”, cfr. art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015, c.d. *jobs act*) siano soggetti alla disciplina in materia di presupposti e procedure prescritta, per le PA, dall’art. 7, commi 6 e 6-bis, del d.lgs. n. 165 del 2001, estendibile, quantomeno nei principi, anche alle società pubbliche controllate dagli enti locali in virtù di specifica autoregolamentazione da parte di questi ultimi.

Tuttavia, se la conclusione anzidetta può rimanere sostanzialmente ferma per i contratti di collaborazione, che l’art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015 assimila ai contratti di lavoro subordinato (esclusi dall’ambito oggettivo di applicazione del codice dei contratti pubblici, ex art. 17 del d.lgs. n. 50 del 2016), non altrettanto avviene per i contratti aventi ad oggetto prestazioni d’opera o di opera intellettuale. Per i contratti di collaborazione, infatti, l’intervenuta assimilazione ai contratti di lavoro subordinato induce a ritenere che, per le pubbliche amministrazioni (una volta scaduto il periodo transitorio, che ne ha differito, per il momento l’entrata in vigore, cfr. art. 1, comma 4, del d.lgs. n. 81 del 2015), troveranno applicazione le regole procedimentali previste dagli artt. 35 e 36 del d.lgs. n. 165 del 2001 (invece di quelle indicate nell’art. 7, commi 6 e seguenti, oggi applicabili per i contratti di collaborazione coordinata e continuativa[[7]](#footnote-7)).

Per le società pubbliche, in virtù dell’anzidetta assimilazione effettuata dall’art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 81 del 2015, si ritiene che trovi già applicazione, oltre alla disciplina sostanziale (contenuta nel ridetto decreto, c.d. *jobs act*), anche il necessario esperimento di procedure di reclutamento conformi ai principi di trasparenza e concorrenza, in aderenza a quanto disposto dall’art. 19 del d.lgs. n. 175 del 2016.

Per i contratti d’opera e di opera intellettuale (all’interno del quale ricadono quelli definiti dalle norme di finanza pubblica come “*ricerca, studio e consulenza*” ovvero gli incarichi di patrocinio legale), si pone il problema dell’individuazione della normativa applicabile, dato che, come già verificatosi nella vigenza del precedente d.lgs. n. 163 del 2006, alcuni contratti d’opera o di opera intellettuale sono assimilati, nella prospettiva comunitaria, recepita dal nostro codice dei contratti pubblici, agli appalti di servizi. Tale assimilazione, tuttavia, attiene all’individuazione della procedura di affidamento, restando impregiudicata la qualificazione della natura del contratto, da effettuare secondo le regole del diritto civile interno. La problematica della disciplina applicabile agli incarichi affidati da pubbliche amministrazioni ed enti assimilati (fra i quali, le società qualificabili in termini di organismo di diritto pubblico e quelle c.d. *in house*, in virtù dell’art. 16, comma 7, del d.lgs. n. 175 del 2016) ad un professionista esterno è stata oggetto di svariate pronunce sia da parte della magistratura contabile (cfr. SRC Liguria, deliberazione n. 79/2015/PAR e SRC Lombardia, deliberazioni n. 355/2012/PAR, n. 51/2013/PAR e n. 178/2014/PAR) che, soprattutto, di quella amministrativa (può farsi riferimento, per tutte, alla sentenza del Consiglio di Stato n. 2730/2012). Gli incarichi a professionisti esterni, infatti, sono generalmente riconducibili, per il diritto civile, al contratto d’opera (art. 2222 cod. civ.) e, più di preciso, d’opera intellettuale (art. 2229 cod. civ.). Tuttavia, alcuni di questi rapporti negoziali sono stati attratti, come accennato, in punto di procedure di affidamento, alla disciplina dettata dal codice dei contratti pubblici (oggi, d.lgs. n. 50 del 2016), che, in esecuzione di specifiche direttive comunitarie, nel delineare l’ambito oggettivo di applicazione, contiene una definizione di “*appalto di servizi*” (cfr. art. 3, commi, 3, 6 e 10, d.lgs. n. 163 del 2006 e, oggi, l’art. 3, lett. ss), del d.lgs. n. 50 del 2016) molto più ampia di quella del codice civile, attraendo anche negozi qualificabili come contratti d’opera o di opera intellettuale (artt. 2222 e 2229 del codice civile)[[8]](#footnote-8). Il confine fra questi ultimi ed il contratto d’appalto (art. 1665 del codice civile) è individuabile, in base al codice civile, nel carattere personale della prestazione, nel primo caso, e nella natura imprenditoriale del soggetto esecutore, nel secondo. L’appalto di servizi, pur presentando elementi di affinità con il contratto d’opera (autonomia rispetto al committente), si differenzia da quest’ultimo sotto il profilo dell’organizzazione, atteso che l’appaltatore esegue la prestazione con mezzi e personale che fanno ritenere sussistente, assieme al requisito della gestione a proprio rischio, la qualità di imprenditore commerciale (art. 2195 cod. civ.). Il prestatore d’opera, di converso, pur avendo l’obbligo di compiere, dietro corrispettivo, un servizio a favore del committente, senza vincolo di subordinazione e con assunzione del relativo rischio, lo esegue con lavoro prevalentemente proprio, senza una necessaria organizzazione.

Tale delimitazione sfuma, come accennato, in sede di applicazione della disciplina, di derivazione comunitaria, di affidamento dei contratti pubblici (oggi, d.lgs. n. 50 del 2016), che, come noto, impone predeterminate procedure concorsuali, prodromiche alla stipulazione dei contratti (da parte delle PA e dei soggetti, anche privati, a queste ultime assimilati). Secondo una parte della giurisprudenza amministrativa (cfr. per esempio, TAR Lazio, Latina, sentenza n. 604/2011), il codice dei contratti pubblici attrae nella nozione di appalto di servizi anche le prestazioni d’opera intellettuale, imponendo di considerare appaltatore non solo chi è tale in base alla nozione civilistica, ma anche il professionista che partecipa ad una gara pubblica per l’affidamento di un servizio di natura intellettuale. Altra giurisprudenza (Consiglio di Stato, citata sentenza n. 2730/2012) ha ritenuto, invece, elemento qualificante dell’appalto di servizi, la circostanza che l’affidatario dell’incarico necessiti, per l’espletamento, di apprestare una specifica organizzazione finalizzata a soddisfare i bisogni del soggetto committente. Anche la magistratura contabile (SRC Lombardia, deliberazione n. 178/2014/PAR; SRC Liguria, deliberazione n. 79/2015/PAR), seguendo le indicazioni della prevalente magistratura amministrativa, ha osservato che se la prestazione da affidare necessita di competenze tecniche (e, come tale, deve essere resa da soggetto qualificato, magari iscritto ad un albo professionale), ma non si ravvisa la necessità di un’organizzazione aggiuntiva, tipica dell’appalto[[9]](#footnote-9), andranno osservate le regole procedurali previste per i contratti di lavoro autonomo/consulenza (art. 7, commi 6 e 6-bis, TUPI).

Il codice dei contratti pubblici adotta certamente una nozione ampia di appalto di servizi, che comprende, in alcuni casi, anche le attività prestate da un professionista intellettuale. Si tratta di opzione finalizzata ad estendere l’ambito di applicazione oggettivo della disciplina (in aderenza alle direttive comunitarie, tese a favorire il confronto concorrenziale fra operatori economici, la libera circolazione di servizi ed il diritto di stabilimento), che, tuttavia, non si ripercuote sulle definizioni di contratto di prestazione d’opera, d’opera intellettuale e di appalto di servizi, delineate dal codice civile, posto che il codice dei contatti pubblici è teso a disciplinare le procedure di affidamento di un’ampia gamma di contratti, che, pur genericamente definiti come “*appalto*”, comprendono una serie eterogena di negozi (somministrazione, mandato, trasporto, assicurazione etc.). Pertanto, l’operazione preliminare che l’ente pubblico deve effettuare è quella di valutare se, in concreto, ricorrano i presupposti per qualificare gli incarichi professionali che intende affidare in termini di contratto d’opera intellettuale o di appalto di servizi.

Ove si tratti di prestazioni erogate da un singolo professionista (per esempio, di consulenza medica, farmaceutica o psicologica; di portavoce o addetto stampa; di formazione; per studi di fattibilità ambientale o energia sostenibile; di aggiornamento catastale di immobili; di piani di riqualificazione del commercio; etc.) l’ente locale dovrà osservare le regole prescritte dall’art. 7, commi 6 e seguenti, del d.lgs. n. 165 del 2001 (estendibili, nei principi, alle società a controllo pubblico). Ove si tratti, invece, di prestazioni, anche analoghe nell’oggetto, erogate da un soggetto organizzato in forma di impresa, troveranno applicazione le regole in materia di contratti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016). Tali conclusioni erano state fatte proprie, oltre che dalle indicate pronunce della magistratura contabile, anche dalla deliberazione dell’ex AVCP n. 4/2014.

Il quadro normativo risulta, tuttavia, ulteriormente complicato per i servizi legali, in particolare di patrocinio in giudizio. L’art. 1 del d.lgs. n. 50 del 2016, in aderenza al precedente d.lgs. n. 163 del 2006, precisa, circa l’ambito oggettivo di applicazione, che il codice disciplina i contratti pubblici di appalto e di concessione, aventi ad oggetto l'acquisizione di servizi, forniture, lavori e opere, nonché i concorsi di progettazione. L’art. 3, inoltre, per quanto interessa in questa sede, precisa alla lett. ss) che, per “*appalti pubblici di servizi*” si intendono “*i contratti tra una o più stazioni appaltanti e uno o più soggetti economici, aventi per oggetto la prestazione di servizi diversi da quelli di cui alla lettera ll)*”, disposizione che definisce gli appalti di lavori.

Si può notare, da subito, una differenza rispetto all’impostazione del previgente d.lgs. n. 163 del 2006, che all’art. 3, comma 10, definiva gli “*appalti pubblici di servizi*” sia in negativo (“*appalti pubblici diversi dagli appalti pubblici di lavori o di forniture*”) che positivo (“*aventi per oggetto la prestazione dei servizi di cui all'allegato II*”). Quest’ultimo, inoltre, era suddiviso in due parti, l’allegato II A e l’allegato II B, a cui conseguiva una distinta disciplina in punto di procedure di affidamento. Infatti, in virtù dell’art. 20 del previgente d.lgs. n. 163 del 2006, mentre l'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B era disciplinata esclusivamente dalle disposizioni in materia di specifiche tecniche (art. 68) e avviso sui risultati delle procedure di affidamento (artt. 65 e 225), oltre che, secondo la giurisprudenza e l’ex AVCP[[10]](#footnote-10), dai principi generali dettati dall’art. 27, gli appalti di servizi elencati nell'allegato II A erano soggetti integralmente alle disposizioni del codice. L’Allegato II B escludeva, in particolare, i servizi legali. Invece, l’Allegato II A sottoponeva alle regole del codice, oltre ai servizi di ingegneria e architettura, quelli di consulenza gestionale e affini (ad esclusione dei servizi di arbitrato e conciliazione[[11]](#footnote-11)). L’art. 19 del previgente codice, inoltre, ribadiva l’esclusione per alcuni appalti di servizi, replicando, in parte, l’elenco contenuto nel citato allegato II B. Tuttavia, all’art. 27 disponeva che “*l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad 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*” (con invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto).

Pertanto, in base al previgente d.lgs. n. 163 del 2006, se, in virtù della natura del contratto, un servizio di consulenza fosse stato qualificato come appalti di servizi, risultava soggetto ad un’alternativa plurima disciplina:

1) i servizi elencati nell’allegato II A (consulenza gestionale e affini, oltre a quelli di ingegneria e architettura) integralmente alla disciplina del codice (art. 20, comma 2);

2) i servizi elencati nell’allegato II B (fra i quali i servizi legali), alla mera applicazione delle disposizioni in materia di specifiche tecniche e di avvisi sui risultati della procedura di affidamento, oltre che ai principi generali posti dall’art. 27 (art. 20, comma 1);

3) i servizi indicati nell’art. 19 (fra cui quelli di arbitrato e conciliazione) ai soli principi elencati nell’art. 27 per tutti i contratti esclusi;

4) gli eventuali residuali servizi non indicati né nell’allegato II A né nel II B (e, tantomeno, nell’art. 19) erano da considerarsi estranei all’ambito oggettivo di applicazione del previgente codice dei contratti pubblici e, come tali, affidabili secondo le ordinarie regole di diritto privato o, eventualmente, secondo le diverse disposizioni presenti negli ordinamenti nazionali (nel nostro caso, per le PA formalmente intese, l’art. 7, commi 6 e 6-bis, del d.lgs. n. 165 del 2001 o le regole di evidenza pubblica poste dalle leggi di contabilità di Stato). Si trattava, infatti, di un aggregato di contratti su cui le precedenti direttive non avevano ritenuto di intervenire (*mutatis mutandis*, possono richiamarsi i principi enunciati dall’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 16/2011, delineante la differenza, per le società pubbliche/enti aggiudicatori nei settori c.d. “*speciali*”, fra contratti “*esclusi*” e contratti “*estranei*”).

Il nuovo codice dei contratti pubblici, invece, come accennato, enuncia una definizione di appalti di servizi che appare più ampia della precedente, in quanto delimitata in maniera esclusivamente negativa. Pertanto, in linea di principio, tutti gli “*incarichi di consulenza*” conferiti da PA e società partecipate, che concretano, per il codice civile, un appalto di servizi, dovrebbero osservare le procedure previste dal d.lgs. n. 50 del 2016. Anche quest’ultimo, tuttavia, contiene varie norme concernenti “*contratti esclusi*” e, in particolare, per quanto interessa in questa sede, l’art. 17 precisa che le disposizioni del codice non si applicano agli appalti di servizi “*concernenti i servizi d'arbitrato e di conciliazione*” (lett. c) e, soprattutto, a quelli “*concernenti uno qualsiasi dei seguenti servizi legali*” (lett. d): 1) rappresentanza legale di un cliente da parte di un avvocato in un arbitrato, in una conciliazione o in procedimenti giudiziari; 2) consulenza legale fornita in preparazione di uno dei ridetti procedimenti di rappresentanza legale; 3) servizi di certificazione e autenticazione di documenti che devono essere prestati da notai; 4) servizi legali prestati da fiduciari o tutori o altri servizi legali i cui fornitori sono designati da un organo giurisdizionale dello Stato o sono designati per legge; 5) altri servizi legali che sono connessi, anche occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri.

Come si può notare, l’esclusione per i generici “*servizi legali*” che, nel d.lgs. n. 163 del 2006, trovava fonte nell’inclusione dell’Allegato II B (avente l’effetto di limitare l’applicazione delle disposizioni a quelle indicate nell’art. 20, oltre ai principi di cui all’art. 27), nell’attuale codice trova cittadinanza, con puntuale individuazione, nell’esposto art. 17, che, tuttavia, pone dei rinnovati problemi applicativi. Infatti, nel riferire l’esclusione, per esempio, anche agli incarichi di rappresentanza in giudizio, considerati non “*esclusi*”, ma “*estranei*”, al precedente codice, in quanto necessariamente prestati mediante un professionista abilitato previa stipula di un contratto d’opera intellettuale, sembra ricondurre questi ultimi, sia pure nella limitata osservanza dei principi posti dall’art. 4, al nuovo codice dei contratti pubblici (e non alle procedure previste dall’art. 7, comma 6, del d.lgs. n. 165 del 2001).

L’art. 4 del d.lgs. n. 50 del 2016, infatti, rubricato “*principi relativi all'affidamento di contratti pubblici esclusi*”, dispone, in maniera similare al previgente art. 27, che “*l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e 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, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica*”. Pertanto, in virtù del combinato disposto degli artt. 17 e 4 del nuovo codice, tutti i servizi legali elencati nella prima norma (anche quelli di rappresentanza legale in giudizio) risulterebbero soggetti, in punto di procedura di affidamento, quantomeno ai principi comunitari di evidenza pubblica.

Inoltre, come accennato, in difformità alle conclusioni a cui erano giunte la magistratura amministrativa e contabile, sembra far scaturire l’applicazione delle regole, pur attenute, prescritte dal nuovo codice per qualunque incarico legale, sia di patrocinio in giudizio che di consulenza, ed a prescindere dal fatto che sia prestato da un singolo professionista (e, quindi, ricada nel contratto civilistico di opera intellettuale) o da un operatore economico articolato in forma di impresa (e, quindi, costituente un contratto d’appalto per il diritto civile). Tale conclusione appare corroborata proprio dalla presenza nell’elenco di cui all’art. 17 del servizio di rappresentanza in giudizio (o in procedimenti arbitrali o conciliativi), che, per l’ordinamento interno, deve essere prestato da un professionista, abilitato all’esercizio della professione e iscritto al relativo albo.

Tuttavia, le indicate considerazioni porrebbero i servizi legali a vincoli più stringenti rispetto agli incarichi di consulenza aventi altro oggetto. Questi ultimi, infatti, ove qualificabili in termini di contratto d’opera/d’opera intellettuale, piuttosto che di appalto, continuerebbero ad essere soggetti alle regole dell’art. 7, commi 6 e 6-bis, del d.lgs. n. 165 del 2001 (con le precisazioni, per le società controllate, già effettuate).

## V. La posizione dell’ANAC (deliberazione n. 1158/2016)

Una delle prime pronunce intervenute sul tema è stata la deliberazione ANAC n. 1158/2016, nella quale l’Autorità ha ritenuto che l’art. 17 del nuovo d.lgs. n. 50 del 2016, in quanto sottrae dall’ambito oggettivo di applicazione del Codice taluni servizi legali, vale, appunto, a qualificare il patrocinio legale (identificabile nella lettera d), n. 1), dell’art. 17, comma 1), come un appalto di servizi. La riferita riconducibilità tra gli appalti di servizi, benché esclusi, comporterebbe il necessario rispetto dei principi generali che informano l’affidamento degli appalti pubblici, esplicitati nell’art. 4 del d.lgs. n. 50 del 2016, e la conseguente impossibilità di procedere attraverso affidamenti fiduciari. Volendo trarre le conclusioni di tale percorso argomentativo, inoltre, si dovrebbe affermare la soggezione di tutti gli incarichi di consulenza legale e di patrocinio in giudizio alla disciplina prevista, da altre norme legislative, anche di finanza pubblica o a presidio dell’anticorruzione, per gli appalti, e non a quella, a volte divergente (come si avrà modo di esaminare), prevista per le c.d. “*consulenze*”.

## VI. Una differente proposta interpretativa

A parere di chi scrive il conferimento l’incarico di patrocinio legale, e quelli a quest’ultimo assimilati dall’art. 17 del nuovo codice, in quanto costituenti, per il diritto civile interno, un contratto d’opera intellettuale, e non un appalto di servizi, continuano a seguire, ai fini dell’affidamento, le regole procedimentali proprie dei primi (aventi fonte, principalmente, nell’art. 7, commi 6 e 6-bis, del d.lgs. n. 15 del 2001), e non quelle dei secondi, prescritte dal d.lgs. n. 50 del 2016 (anche se limitate ai principi). Tale conclusione, a cui era giunto, nella vigenza del precedente codice, il Consiglio di Stato (si rinvia alla citata sentenza, n. 2730/2012), non sembra trovare argomenti ostativi anche nel nuovo quadro normativo, in particolare se le disposizioni del nuovo codice dei contratti pubblici vengono lette alla luce dei “*considerando*” e delle previsioni della Direttiva UE “*appalti*” n. 24 del 2014. Queste ultime, a loro volta, devono tener conto delle disposizioni del Trattato sull’Unione europea e del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea, che attribuiscono all’ordinamento comunitario un numero chiuso di competenze, esclusive o concorrenti, lasciando, per le residue, autonomia legislativa agli Stati membri (artt. 4 e 5 del Trattato). In questa direzione, non è inopportuno ricordare come nessuna norma dei Trattati attribuisca all’Unione la competenza ad intervenire sulla qualificazione dei contratti propria dell’ordinamento interno (né, per esempio, sui rispettivi ordinamenti amministrativi), ma solo quella, ai fini della creazione di un mercato comune e della libera circolazione di merci e servizi (si rinvia ai vari articoli del TFUE), di adottare regolamenti o direttive strumentali a tal fine (e tali sono, fra le altre, le direttive UE del 2014 in materia di appalti e concessioni).

La stessa direttive UE n. 24 del 2014, nel preoccuparsi di definire, in primo luogo, l’ambito oggettivo di esplicazione del proprio intervento, precisa, al considerando n. 4, che la crescente diversità delle forme di intervento pubblico ha reso necessario individuare più chiaramente il concetto stesso di appalto, che “*non dovrebbe tuttavia ampliare l'ambito di applicazione della presente direttiva rispetto a quello della direttiva 2004/18/CE”*. La normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici, infatti, prosegue, “*non intende coprire tutte le forme di esborsi di fondi pubblici, ma solo quelle rivolte all'acquisizione di lavori, forniture o prestazioni di servizi a titolo oneroso per mezzo di un appalto pubblico*”. E’ pur vero che la “*nozione di acquisizione dovrebbe essere intesa in senso ampio*”, ma la stessa direttiva espressamente esclude dal proprio ambito di applicazione alcuni contratti, qualificabili o meno, secondo il diritto interno, come appalti (cfr. i considerando n. 21-34 e gli artt. 7-12 della direttiva UE n. 24 del 2014).

Per quanto riguarda, nello specifico, i servizi legali, il considerando n. 25 precisa che questi ultimi, a seconda della tradizione degli stati membri, “*sono forniti da prestatori di servizi designati da un organo giurisdizionale*”, “*comportano la rappresentanza dei clienti in procedimenti giudiziari da parte di avvocati*”, “*devono essere prestati da notai*” o “*sono connessi all'esercizio di pubblici poteri*”. Le descritte tipologie di servizi legali, prosegue il considerando, sono di solito prestate da organismi o persone “*selezionate o designate secondo modalità che non possono essere disciplinate da norme di aggiudicazione degli appalti*” e, pertanto, dovrebbero “*essere esclusi dall'ambito di applicazione della presente direttiva*”.

I servizi legali in generale, sempre nella direzione di una loro esclusione, sono oggetto di considerazione, nel successivo considerando n. 116, da leggere assieme al precedente n. 114, che chiarisce come “*certe categorie di servizi, per la loro stessa natura, continuano ad avere una dimensione limitatamente transfrontaliera*” (la direttiva n. 24/2014 fa l’esempio di alcuni servizi alla persona, quali i sociali, sanitari e scolastici). Per questi ultimi, suggerisce di stabilire un regime specifico, in particolare prevedendo una soglia più elevata di quella che si applica ad altri servizi. Analogamente, continua il considerando 116, “*taluni servizi legali riguardano esclusivamente questioni di puro diritto nazionale e sono pertanto offerti generalmente solo da operatori ubicati nello Stato membro interessato e hanno di conseguenza anche una dimensione limitatamente transfrontaliera*”. Pertanto, dovrebbero “*rientrare solo nel regime alleggerito, con una soglia di 750.000 euro*”, posto che, presume, solo gli appalti di servizi legali al di sopra di tale soglia possono rivestire interesse per operatori economici, quali gli studi legali internazionali, anche su base transfrontaliera.

Altro indice che induce a ritenere la posizione assunta dall’ANAC nella citata deliberazione n. 1158/2016 meritevole di maggiore approfondimento si rinviene dalla disciplina della direttiva n. 24/2014 in materia di contratti esclusi. L’art. 10 di quest’ultima, infatti, contiene una serie di esclusioni fedelmente riprodotte nell’art. 17 del d.lgs. n. 50 del 2016, fra cui quella riguardante i servizi legali (oltre ai servizi di arbitrato e conciliazione ed a quelli di certificazione e autenticazione di documenti che devono essere prestati da notai). Allo stesso modo, gli artt. 7, 8, 9, 11 e 12 introducono altre esclusioni, anch’esse riprese (e, in parte, integrate) dagli artt. 5-20 del nuovo codice dei contratti pubblici. Tuttavia, a differenza del nostro recente decreto legislativo, la Direttiva UE appalti, n. 24 del 2014, non contiene una norma simile all’art. 4 del d.lgs. n. 50 del 2016, che prescrive, per gli appalti esclusi, il rispetto dei principi comunitari in materia di evidenza pubblica. Gli appalti oggetto di esclusione (sia per scelta legislativa, sia perché afferenti a tipologie contrattuali estranee) non trovano, nella regolamentazione della direttiva appalti, una norma a loro espressamente riferita. Lo stesso considerando n. 1 sembra distinguere solo fra appalti sotto e sopra soglia, contratti in entrambi i casi soggetti alle disposizioni del codice. Quest’ultimo, infatti, dopo aver precisato che l'aggiudicazione degli appalti deve rispettare i principi del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e, in particolare, la libera circolazione delle merci e quelle di stabilimento e prestazione di servizi, ritiene opportuno, “*per gli appalti pubblici con valore superiore a una certa soglia, elaborare disposizioni per coordinare le procedure nazionali di aggiudicazione, in modo da garantire che a tali principi sia dato effetto pratico e che gli appalti pubblici siano aperti alla concorrenza*”.

Sulla base della lettura dei considerando e del testo della direttiva comunitaria, si trae, pertanto, la conclusione che l’ordinamento comunitario non ha imposto a quello nazionale l’osservanza di specifiche regole o principi, in quanto contratti esclusi, ai servizi legali (cfr. considerando n. 25 e art. 10), ed ha prescritto procedure concorrenziali solo sopra una soglia superiore a quella ordinaria per gli altri servizi legali (cfr. considerando n. 116 e art. 74 e Allegato XIV della Direttiva UE n. 24/2014). Per tali categorie di contratti, pertanto, l’introduzione di una eventuale, e legittima, regolamentazione maggiormente minuziosa in punto di modalità e procedure di affidamento discende da scelte autonomamente adottate dagli Stati membri (e, in tal senso, dispone l’art. 4 del d.lgs. n. 50 del 2016), senza essere “*comunitariamente imposta*”. Se tale conclusione è valida, bisognerebbe valutare se la lettura del codice dei contratti, unitamente alle restanti norme del nostro ordinamento giuridico, non permetta di giungere a interpretazioni differenti. Per quanto riguarda l’analisi sistematica del ridetto codice, va evidenziato, in primo luogo, come l’art. 4, nel prescrivere l’osservanza di predeterminati principi ai fini dell’affidamento dei contratti c.d. esclusi, si riferisce ad un’ampia gamma di rapporti, per alcuni dei quali la normativa e la giurisprudenza ammettono, per esempio, l’affidamento diretto. Si pensi ai contratti “*tra enti e amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito del settore pubblico*”, la cui neonata disciplina (art. 5 del d.lgs. n. 50/2016), ha dato copertura normativa non solo agli affidamenti c.d. *in house* (peraltro, ampliandone la portata rispetto alle conclusioni a cui era giunta la giurisprudenza, in particolare nazionale) ma anche ai contratti stipulati fra amministrazioni aggiudicatrici (nel nostro ordinamento già previsti dall’art. 15 della legge n. 241 del 1990, ma che avevano fatto scaturire vari dubbi interpretativi[[12]](#footnote-12)). Oppure, agli “*appalti nei settori speciali e concessioni aggiudicati ad una joint-venture o ad un ente aggiudicatore facente parte di una joint venture*” (art. 6), agli “*appalti e concessioni aggiudicati ad un'impresa collegata*” (art. 7) o ai “*contratti di servizi aggiudicati in base ad un diritto esclusivo*” (art. 9), norma che riprende l’analoga previsione contenuta nell’art. 19, comma 2, del previgente d.lgs. n. 163 del 2006 (e che legittimava, per esempio, l’affidamento diretto, da parte di enti locali ed università, del servizio di mutuo a Cassa depositi e prestiti[[13]](#footnote-13)). In tutte queste ipotesi, anche la giurisprudenza ha da tempo ammesso, nella ricorrenza dei relativi presupposti, la legittimità di un affidamento diretto (in disparte il diverso profilo della motivazione e della congruità del prezzo contrattuale, di cui si occupano espressamente l’art. 192 del d.lgs. n. 50 del 2016 e l’art. 16 del d.lgs. n. 175 del 2016). Eppure si tratta di contratti che, in quanto “*esclusi*”, sarebbero soggetti anch’essi all’osservanza dei principi procedimentali previsti dall’art. 4 del d.lgs. n. 50 del 2016.

Si ritiene, pertanto, non condivisibile, a livello interpretativo, desumere da un’espressa esclusione (avente fonte nella lettera della direttiva e del nuovo codice), la conclusione della soggezione di tutti i contratti esclusi (fra i quali i servizi legali elencati nell’art. 17, e, in particolare, il patrocinio in giudizio), ai principi di evidenza pubblica desumibili dal codice dei contratti. Trattandosi, infatti, per il diritto interno, di un rapporto di prestazione d’opera intellettuale, e non di un appalto di servizi, in assenza di un’espressa regolamentazione da parte della direttiva comunitaria e di una generica previsione nel codice interno di recepimento (art. 4), possono ritenersi ancora valide le conclusioni a cui era giunta la magistratura contabile ed amministrativa (in particolare, nella sentenza della Consiglio di Stato n. 2730/2012), fra l’altro recepite dalla stessa ex AVCP nella citata deliberazione n. 4/2014.

Tali conclusioni appaiono corroborate, inoltre, come già accennato, da una riflessione di carattere sistematico. Il nostro ordinamento contiene altre norme che si preoccupano di garantire alle pubbliche amministrazioni non solo il rispetto di procedure concorsuali, ma anche di limitare la stipula di contratti di lavoro autonomo, al cui *genus* sono riconducibili i servizi legali, anche di patrocinio in giudizio. Si fa riferimento al più volte citato art. 7, commi 6 e 6-bis, del d.lgs. n. 165 del 2001, che costituisce, a parere dello scrivente, la normativa da seguire in caso di stipula di contratti di lavoro autonomo con un professionista persona fisica (sia le generiche consulenze che i servizi legali indicati all’art. 17 del d.lgs. n. 50 del 2016). Tale norma, come visto, impone anch’essa alle PA di adottare apposite procedure comparative, che, in assenza di regole predeterminate da parte della direttive europee, sembrano soddisfare le esigenze di rispetto dei principi generali, e costituzionali, di trasparenza ed imparzialità.

Inoltre, a differenza del codice dei contratti pubblici, il legislatore richiede espressamente, in questo caso, una valutazione della ricorrenza dei presupposti per il conferimento (dell’*an* prima che del *quomodo*). Ancora, le ridette procedure comparative non prevedono una soglia limite verso il basso, a differenza di quelle di aggiudicazione degli appalti pubblici (cfr. artt. 35 e 26 del d.lgs. n. 50 del 2016). Pertanto, mentre in base al codice dei contratti pubblici, un contratto avente ad oggetto servizi legali (e/o di patrocinio in giudizio) può, legittimamente, essere affidato direttamente, ove adeguatamente motivato, entro la soglia dei 40 mila euro, questo non è previsto per le procedure comparative da seguire ai sensi dell’art. 7, comma 6, del d.lgs. n. 165 del 2001. Queste ultime possono prevedere adempimenti differenziati in relazione alla fascia di importo, ma devono comunque garantire una procedura comparativa adeguatamente pubblicizzata (e l’esigenza si pone, soprattutto, per quelli aventi importo superiore agli euro 5.000, per i quali sussiste il controllo successivo della Corte dei conti[[14]](#footnote-14)). Infine, ove i servizi legali in discorso siano qualificati, come si ritiene, quali contratti d’opera intellettuale, devono seguire la relativa disciplina anche in ordine alla pubblicazione, in cui oneri e profili sanzionatori sono differenziati fra incarichi di consulenza o collaborazione (cfr. artt. 15 e 15-bis d.lgs. n. 33 del 2013[[15]](#footnote-15)) e appalti (cfr. artt. 23 e 37[[16]](#footnote-16) d.lgs. n. 33 del 2013). Lo stesso vale per la soggezione ai limiti di spesa, previsti per i contratti qualificabili come consulenze (cfr. art. 6 del d.l. n. 78 del 2010, convertito dalla legge n. 122 del 2010 e l’art. 14 del d.l. n. 66 del 2014, convertito dalla legge n. 89 del 2014), ed invece non imposti, al momento, per gli appalti.

Si vuole evidenziare come non sia affatto provato che la qualificazione degli incarichi per l’espletamento di servizi legali (o di altri contratti d’opera) come appalti di servizi, sia pure esclusi, come tali assoggettati ai principi di evidenza pubblica posti dal d.lgs. n. 50 del 2016, tuteli maggiormente le pubbliche amministrazioni (e, soprattutto, i professionisti interessati) rispetto alla riconduzione (a parere dello scrivente civilisticamente corretta) ai rapporti d’opera intellettuale. Questi ultimi, infatti, sono stati assoggettati dal legislatore a regolamentazione non solo in ordine ai presupposti per il conferimento, ma anche alle procedure da adottare, a specifici obblighi di pubblicazione (sanzionati con l’inefficacia del rapporto o del pagamento o con la previsione di specifiche responsabilità[[17]](#footnote-17)) o a stringenti limiti di spesa.

Ove, invece, si ritenga di accogliere l’impostazione seguita dall’ANAC nella deliberazione n. 1158/2016, paiono necessarie due precisazioni. La prima riguarda i contratti sotto soglia. Infatti, se per i contratti di appalto soggetti integralmente alle disposizioni del codice, il legislatore permette l’affidamento diretto, se adeguatamente motivato, entro la soglia dei 40.000 euro e con procedure competitive attenuate per quelli sotto soglia comunitaria (al momento, 209.000 euro per gli enti locali), a maggior ragione tali regole debbono valere per gli appalti di servizi, quali quelli legali, già considerati esclusi dal legislatore (ex art. 17) o per i quali l’imposizione delle regole di matrice comunitaria scatta sopra soglie più elevate (art. 35, comma 1, lett. d), e Allegato IX). Inoltre, per i contratti, aventi ad oggetto servizi legali non compresi nell’art. 17 del d.lgs. n. 50/2016, vanno osservate le disposizioni del codice, ma solo oltre la soglia dei 750.000 euro, ed utilizzando le procedure semplificate degli artt. 140 e seguenti.

Volendo sintetizzare, in attesa delle prime pronunce da parte della magistratura amministrativa, possono trarsi le seguenti conclusioni:

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

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

3) i servizi legali elencati nel ridetto art. 17, ove affidati ad un operatore economico che espleta la prestazione mediante un’organizzazione in forma di impresa, sono soggetti ai principi, di concorrenza e trasparenza, indicati nell’art. 4 del d.lgs. n. 50 del 2016;

3) gli altri servizi legali, non compresi nell’elenco di cui all’art. 17, ricadono, in virtù dell’Allegato IX del d.lgs. n. 50 del 2016, nella disciplina prevista dagli artt. 140 e seguenti del codice dei contratti, che prescrive l’osservanza di predeterminate regole di evidenza pubblica solo oltre la soglia dei 750.000 euro (cfr. art. 35, comma 1, lett. d). Per quelli di importo inferiore, si ritengono applicabili, in analogia a quanto prescritto dall’art. 4 per i contratti esclusi, i medesimi principi.

**Donato Centrone**

1. Pertanto, in virtù del combinato disposto dell’art. 7, comma 6, e dell’art. 36, comma 5-quater del TUPI, al responsabile di irregolarità nell'utilizzo dei contratti di collaborazione e consulenza non può essere, per espressa previsione, erogata la retribuzione di risultato. Invece, per quanto riguarda le ulteriori responsabilità e sanzioni previste dal richiamato art. 21 (mancato rinnovo dell’incarico dirigenziale; collocamento a disposizione ex art. 23; risoluzione del rapporto di lavoro), si ritiene che la loro applicazione possa conseguire al mancato raggiungimento dei complessivi obiettivi attribuiti al dirigente (fra i quali, quello del legittimo conferimento di incarichi di consulenza e collaborazione è posto *ex lege*), accertato attraverso le risultanze del sistema di valutazione istituito ai sensi dei d.lgs. n. 15 e 150 del 2009, e previa contestazione. [↑](#footnote-ref-1)
2. Tale problematica, per inciso, non interessa più gli enti locali, i cui organi di revisione sono individuati mediante sorteggio [↑](#footnote-ref-2)
3. In caso di mancata o incompleta pubblicazione, la norma richiama le responsabilità e applica le sanzioni previste dal d.lgs. n. 33 del 2013 (come riformato dal d.lgs. n. 97 del 2016, c.d. FOIA) agli articoli 22, comma 4 (divieto di erogazione di somme da parte dell'amministrazione socia, ad esclusione dei pagamenti imposti da pregresse obbligazioni contrattuali), 46 (potenziale responsabilità dirigenziale; eventuale causa di responsabilità per danno all'immagine dell'amministrazione; valutazione ai fini della corresponsione della retribuzione di risultato e del trattamento accessorio collegato alla performance individuale) e 47, comma 2 (sanzione amministrativa pecuniaria da 500 a 10.000 euro a carico del responsabile della violazione). [↑](#footnote-ref-3)
4. La norma riproduce, anche in questo caso modificandola in parte, la disciplina contenuta nell’art. 6, comma 19, del decreto-legge n. 78 del 2010, convertito dalla legge n. 122 del 2010. [↑](#footnote-ref-4)
5. La norma riproduce quanto disposto dall’art. 1, commi 551 e seguenti, della legge n. 147 del 2013. [↑](#footnote-ref-5)
6. Tale esigenza è propria anche degli enti locali di minori dimensioni in virtù del successivo art. 147-quinquies del TUEL, che, nel disciplinare il controllo sugli equilibri finanziari, specifica che quest’ultimo “implica anche la valutazione degli effetti che si determinano per il bilancio finanziario dell'ente in relazione all'andamento economico-finanziario degli organismi gestionali esterni”. [↑](#footnote-ref-6)
7. Il divieto, per le PA, di stipulare contratti di collaborazione, previsto dall’art. 1, comma 4, del d.lgs. n. 81 del 2015, è stato differito al 1° gennaio 2018, dall’art. 1, comma 8, del decreto-legge n. 244 del 2016, in attesa di conversione. [↑](#footnote-ref-7)
8. Sul punto, si rinvia, per gli aspetti di carattere generale, alle numerose pronunce rese in materia dalla magistratura contabile, fra le quali possono ricordarsi, senza pretesa di esaustività, le deliberazioni delle Sezioni Riunite in sede di controllo, n. 6/CONTR/2005, della Sezione delle Autonomie n. 6/AUT/2008, nonché della Sezione regionale di controllo la Lombardia, deliberazioni n. 355/2012/PAR, n. 51/2013/PAR, n. 236/2013/PAR e n. 178/2014/PAR. [↑](#footnote-ref-8)
9. Con la precisazione che la necessità di utilizzare, da parte di un professionista, mezzi compresi fra gli ordinari strumenti cognitivi ed operativi a disposizione di qualunque lavoratore del settore, non è sufficiente a ritenere che, per il diritto civile, il contratto debba essere inquadrato nell’appalto di servizi. [↑](#footnote-ref-9)
10. Cfr. TAR Toscana, sentenza n. 1692/2008 e AVCP, deliberazione n. 2/2014. [↑](#footnote-ref-10)
11. Da ricondurre, in virtù dell’art. 19, comma 1, lett. c), de previgente d.lgs. n. 163 del 2006, ai servizi esclusi, a cui si applicano i soli principi elencati nel successivo art. 27. [↑](#footnote-ref-11)
12. Cfr., per esempio, Consiglio di Stato, sentenza n. 6014/2013. [↑](#footnote-ref-12)
13. Tutti i contratti di prestito, per inciso, sono stato inseriti, dal nuovo codice, fra i contratti esclusi (art. 17, comma 1, lett. f). [↑](#footnote-ref-13)
14. Art. 1, comma 173, legge n. 266 del 2005. [↑](#footnote-ref-14)
15. 3. In caso di omessa pubblicazione di quanto previsto al comma 2, il pagamento del corrispettivo determina la responsabilità del dirigente che l'ha disposto, accertata all'esito del procedimento disciplinare, e comporta il pagamento di una sanzione pari alla somma corrisposta, fatto salvo il risarcimento del danno del destinatario ove ricorrano le condizioni di cui all'articolo 30 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104.

2. La pubblicazione delle informazioni di cui al comma 1, relativamente ad incarichi per i quali è previsto un compenso, è condizione di efficacia per il pagamento stesso. In caso di omessa o parziale pubblicazione, il soggetto responsabile della pubblicazione ed il soggetto che ha effettuato il pagamento sono soggetti ad una sanzione pari alla somma corrisposta. [↑](#footnote-ref-15)
16. La sanzione per l’omessa o ritardata pubblicazione si rinviene, in questo caso, nell’art. 46 (1. L'inadempimento degli obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa vigente e il rifiuto, il differimento e la limitazione dell'accesso civico, al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 5-bis, costituiscono elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale, eventuale causa di responsabilità per danno all'immagine dell'amministrazione e sono comunque valutati ai fini della corresponsione della retribuzione di risultato e del trattamento accessorio collegato alla performance individuale dei responsabili). [↑](#footnote-ref-16)
17. Si rinvia, da ultimo, agli artt. 15, comma 4, e 15-bis, comma 2, del d.lgs. n. 33 del 2013. [↑](#footnote-ref-17)