



Comune *in Pratica!*

APPROFONDIMENTI IN MATERIA DI SERVIZI LEGALI “ESCLUSI” E DISCIPLINA NUOVO CODICE APPALTI (ART. 3, 13 E 56 D.LGS. 36/2023)

Estratto da: [Consiglio di Stato, sez. V, 02.04.2025 n. 2776](#)

“1. Veniva impugnata, da parte del Consiglio Nazionale Forense, la deliberazione n. 907 del 2018 con cui ANAC stabiliva che, per i servizi legali offerti da avvocati del libero foro in favore di pubbliche amministrazioni, occorreva quanto segue: a) preventiva procedura comparativa; b) comunicazione CIG; c) versamento contributo ANAC. Con primi motivi aggiunti veniva impugnata anche il Comunicato ANAC del 25 ottobre 2019. In fine, con secondi motivi aggiunti veniva gravata la Delibera ANAC n. 584 del 19 dicembre 2023 con cui si confermava l’obbligo sia di comunicazione del CIG (Codice Identificativo Gara), sia di versamento del contributo in favore di ANAC.

2. Il TAR Lazio, con la sentenza impugnata:

2.1. Dichiarava improcedibile il ricorso in ordine alla lettera a), ossia l’obbligo di preventiva procedura comparativa, in quanto il nuovo codice dei contratti pubblici (decreto legislativo n. 36 del 2023) prevede una disciplina, sul punto, i cui contenuti non risultano più “coincidenti” con quelli di cui alla superata normativa del decreto legislativo n. 50 del 2016 (vecchio codice dei contratti). Le impugnate Linee Guida, sul punto, hanno dunque “perso efficacia”. Di qui la sopravvenuta carenza di interesse e la ridetta improcedibilità in ordine a tale statuizione (obbligo di gara);

2.2. Rigettava invece per i restanti punti (comunicazione CIG e versamento contributo ANAC) in quanto simili oneri continuano a persistere, in base alla nuova disciplina di cui al decreto legislativo n. 36 del 2023, anche per i “contratti esclusi” quali quelli di specie (servizi legali).

3. La decisione di primo grado ha formato oggetto di appello per erroneità nella parte in cui:

3.1. Sarebbe stata ritenuta applicabile la comunicazione CIG anche ai patrocini legali che, in quanto contratti di prestazione d'opera, sarebbero "estranei" alla disciplina del codice dei contratti pubblici;

3.2. E' stato affermato che ANAC svolgerebbe attività di vigilanza anche nei confronti dei "patrocini legali" ossia contratti di prestazione d'opera professionale che, in quanto tali, sarebbero del tutto "estranei" alla disciplina del codice dei contratti. Più in particolare i suddetti contratti (prestazione d'opera professionale) sarebbero diversi dagli appalti di servizi poiché sottratti da ogni obbligo di evidenza pubblica e al tempo stesso caratterizzati, data la natura strettamente fiduciaria dell'incarico da svolgere, dall'*intuitus personae*;

3.3. Non sarebbe stato rilevato che sia la comunicazione CIG, sia il versamento del contributo ANAC si tradurrebbero, nella sostanza, in livelli di regolazione superiori rispetto a quelli stabiliti dalle direttive UE in materia di appalti, con ciò determinando una violazione del principio di *gold plating*. Veniva al riguardo sollevata, altresì, questione di legittimità costituzionale delle disposizioni primarie che consentirebbero un simile approccio interpretativo ed applicativo.....

7. Con il motivo sub 3.1. si lamenta che il giudice di primo grado avrebbe ritenuto applicabile la comunicazione CIG anche ai patrocini legali che, in quanto contratti di prestazione d'opera, sarebbero "estranei" alla disciplina del codice dei contratti pubblici.

7.1. La categoria dei contratti "estranei" non esiste, essendo contemplata soltanto quella dei contratti "esclusi" ossia quegli appalti pubblici tra cui anche i servizi legali che, ai sensi dell'[art. 56 del decreto legislativo n. 36 del 2023](#), sono sottratti dagli obblighi di evidenza pubblica (affidamento mediante gara);

7.2. L'obbligo di "evidenza pubblica" riguarda in ogni caso il procedimento da applicare per individuare il soggetto chiamato a contrarre con la PA. A tale ultimo fine, infatti, l'art. 3 dell'Allegato I.1. al decreto legislativo n. 36 del 2023 prevede sia la procedura di evidenza pubblica, sia l'affidamento diretto. Entrambe le procedure sono poi dirette alla stipula finale di un contratto di "appalto pubblico", ossia quei "contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più stazioni appaltanti e aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di beni o la prestazione di servizi" [art. 2, comma 1, lettera b), del citato Allegato I.1.];

7.3. Con ciò si vuole dire che, quale che sia la procedura adottata per l'individuazione del contraente (evidenza pubblica o affidamento diretto), il contratto successivamente stipulato va comunque considerato alla stregua di "appalto pubblico". E ciò dal momento che, con esso, la PA persegue un "fine pubblico" ossia una utilità collettiva che può variamente atteggiarsi in funzione delle specifiche esigenze dell'ente che rappresenta quella stessa comunità (realizzazione di un'opera oppure, come nel caso di specie, la difesa in giudizio degli interessi del medesimo ente esponenziale). E tale "fine pubblico", il quale

conferisce la matrice altrettanto pubblicistica al relativo contratto, va tenuto distinto dalle finalità che si intende invece perseguire mediante la procedura di evidenza pubblica, quelle ossia di garantire al tempo stesso imparzialità della PA, concorrenzialità nel mercato di riferimento settoriale e buon andamento dell'amministrazione (che deve sempre scegliere “il migliore”);

7.4. In questa specifica direzione, lo stesso art. 56 del decreto legislativo n. 36 del 2023 qualifica i “servizi legali” alla stregua di “appalti pubblici” (cfr. comma 1, primo periodo) sebbene “esclusi” dai suddetti obblighi di “evidenza pubblica”. Ciò anche in forza della legislazione comunitaria la quale non distingue – ricomprendendole in un’unica generale nozione di appalto pubblico di servizio legale – tra singola difesa in giudizio e attività di consulenza legale, prescindendo dalla nozione civilistica nazionale e attraendo anche negozi qualificabili come contratto d’opera o contratto d’opera intellettuale;

7.5. A ciò si aggiunga che la comunicazione CIG è strumentale al monitoraggio dei flussi finanziari cui è soggetta ogni tipo di transazione che effettua la PA. Come correttamente evidenziato da ANAC nelle impugnate linee guida: “Detta normativa si applica ... in ogni caso in cui vengano erogate risorse pubbliche per l’esecuzione di contratti pubblici, a prescindere dallo svolgimento di una procedura di gara” (paragrafo 2.1. “Soggetti tenuti all’osservanza degli obblighi di tracciabilità”);

7.6. L’art. 3, comma 1, della legge n. 136 del 2010 (Piano straordinario contro le mafie) prevede infatti che la “tracciabilità dei flussi finanziari” sia applicata “ai lavori, ai servizi e alle forniture pubbliche”. E ciò indipendentemente dalla procedura che è stata osservata “a monte” onde individuare il relativo contraente (evidenza pubblica oppure affidamento diretto, come sopra evidenziato);

7.7. In siffatta direzione, il controllo circa il flusso di denaro pubblico viene effettuato prescindendo dallo svolgimento o meno, a monte, di una gara pubblica (si potrebbe anzi affermare che tale forma di controllo è a fortiori necessaria allorché un simile confronto competitivo sia del tutto mancato);
7.8. Pertanto, poiché i “movimenti finanziari” debbono formare oggetto di monitoraggio in relazione a tutti gli appalti pubblici, e poiché i “servizi legali” sono da considerare alla stregua di “appalti pubblici” (sebbene sottratti alla procedura di evidenza pubblica per la scelta del contraente), va da sé che anche tali contratti di “servizi legali” siano soggetti alla suddetta comunicazione CIG;

7.9. Come correttamente evidenziato da ANAC nella delibera impugnata: “le norme sulla tracciabilità dei flussi finanziari si applicano in tutti i casi in cui sia stipulato un contratto d’appalto pubblico tra operatore economico e committente pubblico, indipendentemente dall’esperimento o meno di una gara per l’affidamento dell’opera o del servizio” (par. 2.4. “I flussi finanziari soggetti a tracciabilità”);

7.10. Entro questi esatti termini il motivo di appello sopra evidenziato deve quindi essere rigettato.

8. Con il motivo sub 3.2. si impugna la parte della sentenza di primo grado in cui è stato affermato che ANAC svolgerebbe attività di vigilanza anche nei confronti dei

“patrocini legali” ossia contratti di prestazione d’opera professionale che, in quanto tali, sarebbero del tutto “estranei” alla disciplina del codice dei contratti. Più in particolare i suddetti contratti (prestazione d’opera professionale) sarebbero diversi dagli appalti di servizi poiché sottratti da ogni obbligo di evidenza pubblica e al tempo stesso caratterizzati, data la natura strettamente fiduciaria dell’incarico da svolgere, dall’intuitus personae.

8.1. Come pure sopra evidenziato, non esiste la categoria dei contratti “estranei” ma soltanto quella dei contratti “esclusi”;

8.2. La suddetta “esclusione” riguarda tuttavia l’applicazione dagli obblighi di evidenza pubblica (ossia la gara per l’individuazione del soggetto che deve contrarre con la PA) ma non elide al tempo stesso la natura “pubblica” del contratto di appalto che deve essere concluso con un dato professionista. L’esclusione riguarda dunque la “procedura di evidenza pubblica” ma non anche la “natura pubblica” del contratto stipulato. Ciò in quanto non si deve confondere tipologia e natura dei contratti con la procedura di scelta del contraente;

8.3. E tanto sia che si qualifichi tale contratto alla stregua di prestazione d’opera professionale in quanto meramente occasionale (*locatio operis*), sia che lo si qualifichi come appalto di servizi in quanto diretto a disciplinare una serie continuativa di incarichi di patrocinio legale in forma complessa ed organizzata (*locatio operarum*: in questo caso occorrerebbe anzi una gara semplificata o “a regime alleggerito”, ai sensi dell’art. 127 del codice). Ciò dal momento che il decreto legislativo n. 36 del 2023 racchiude tali fenomeni contrattuali all’interno di un’unica definizione che è quella dei “servizi legali”. Dunque il relativo contratto è comunque un appalto pubblico di servizi (di natura legale, per l’appunto);

8.4. In una complementare prospettiva, la constatazione che non si tratti di contratti del tutto “estranei” rispetto al predetto codice dei contratti risulta anzi avvalorata dal fatto che l’art. 13, comma 5, del decreto legislativo n. 36 del 2023, stabilisce che i “contratti esclusi” di cui al comma 2 della medesima disposizione, qualora garantiscano un certo ritorno economico, siano affidati nel rispetto dei principi di cui agli artt. 1, 2 e 3 dello stesso codice. Ebbene l’art. 3 appena richiamato contempla, a sua volta, il principio dell’accesso al mercato secondo cui: “Le stazioni appaltanti ... favoriscono ... l’accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità”. Formulazione questa più ampia rispetto a quella di cui all’art. 4 del decreto legislativo n. 50 del 2016 il quale pure prevedeva, per l’affidamento dei “contratti esclusi”, alcuni criteri nel cui novero non rientrava, tuttavia, anche la “concorrenza”;

8.5. Dunque per simili “servizi legali” (quelli almeno non forniti in forma organizzata, per i quali si applicano le procedure semplificate o “alleggerite” di cui all’art. 127) l’amministrazione appaltante non è tenuta allo svolgimento di alcuna gara in senso stretto, ai sensi del codice dei contratti, ma risulta comunque chiamata ad osservare procedure che, in qualche misura, consentano alla amministrazione stessa di scegliere il relativo contraente (ossia il professionista)

nel rispetto di taluni specifici principi tra cui anche quelli di imparzialità, pubblicità e concorrenza. Di qui la tendenziale regola, a titolo esemplificativo, di adottare interPELLI affinché i singoli interessati possano manifestare la propria disponibilità, istituire elenchi da cui attingere i professionisti più idonei ed effettuare – ove possibile – una certa rotazione degli incarichi stessi;

8.6. Di qui ancora l'esigenza che, anche sul rispetto di taluni principi fondamentali (art. 3 del decreto legislativo n. 36 del 2023, richiamato sul punto dall'art. 13, comma 5, e indirettamente dall'art. 56 stesso codice) possa vigilare una autorità indipendente di settore come l'ANAC la quale dovrà verificare, caso per caso, che non vi siano abusi o eventuali eccessi circa il ricorso al meccanismo procedimentale dell'affidamento diretto;

8.7. Del resto, come si è detto nel paragrafo che precede occorre tenere ben presente la distinzione tra tipologia e natura dei contratti che può stipulare la pubblica amministrazione (art. 2 dell'Allegato I.1) e procedure per addivenire alla scelta del contraente (art. 3 stesso Allegato, il quale contempla sia la gara pubblica sia l'affidamento diretto). In siffatta direzione, anche l'affidamento di tali servizi legali comporta la stipula di un contratto di appalto pubblico sia che si tratti di prestazione d'opera professionale per incarichi periodici e saltuari, sia che si tratti di appalto di servizi in senso stretto per incarichi continuativi ed organizzati: nel primo caso (incarico saltuario ed occasionale) per la scelta del relativo contraente privato la PA non sarà tenuta, sul piano procedimentale, al rigoroso rispetto delle regole di evidenza pubblica ma soltanto ad osservare alcuni principi in tema di "accesso al mercato" (art. 3 del codice dei contratti); nel secondo caso (servizi legali continuativi svolti in forma organizzata) occorrerà seguire le procedure competitive a carattere semplificato o "alleggerito" di cui all'art. 127 del codice;

8.8. Ad una simile conclusione (natura pubblica del contratto stipulato per il patrocinio legale anche soltanto occasionale) si perviene in base alla formulazione sia degli artt. 2 e 3 dell'Allegato I.1 del nuovo codice dei contratti, sia dell'art. 56 che, al primo periodo del primo comma, qualifica espressamente alla stregua di "appalti pubblici" anche i suddetti "servizi legali". E tanto, come già si è detto, proprio in virtù di un'unica e più generale nozione comunitaria di "appalto pubblico di servizi legali"....."