

## I servizi legali per gli Atenei statali

Il presente contributo trae spunto dal [parere n. 2017/2018](#) della commissione speciale Consiglio di Stato sul testo delle linee guida<sup>1</sup> ANAC per l'affidamento dei "servizi legali"<sup>2</sup> da parte degli enti pubblici. Il Consiglio di Stato segue l'impostazione già espressa con il [parere n. 1241/2018](#) a proposito della disciplina dei contratti di compravendita di beni immobili, questione posta sempre dall'ANAC. Il 6 novembre è stata pubblicata sul sito web dell'ANAC la Deliberazione n. 907/2018 recante le [Linee guida n. 12 "Affidamento dei servizi legali"](#).

In materia, la disciplina applicabile è modulata diversamente a seconda della tipologia di contratti aventi a oggetto servizi legali che vengono in rilievo e non alla/al natura/oggetto della prestazione professionale. Sul piano specifico, le norme del codice dei contratti che vengono in rilievo, ai fini della disciplina dei servizi legali, sono gli artt. 4 e 17 e quella contenuta nell'Allegato IX. Pertanto:

- la disciplina dei **contratti rientranti nell'allegato IX** [*Servizi legali, nella misura in cui non siano esclusi a norma dell'articolo 17, comma 1, lett. d) CPV da 79100000-5 a 79140000-7; 75231100-5*] del codice dei contratti riguarda i (veri e propri) appalti di servizi la cui prestazione consiste nella messa a disposizione di una organizzazione di natura imprenditoriale fornita da un professionista al fine di soddisfare una pluralità di esigenze della P.A. non relative a un affare determinato. In questo caso l'appaltatore si impegna a prestare al committente un servizio organizzato con propri mezzi e assumendosi il rischio economico della sua esecuzione (art. 1677 cod. civ.); dunque si applicano le regole codicistiche semplificate e comunque gli artt. 140, 142, 143 e 144;

- la disciplina nei **contratti rientranti nell'art. 17** del codice dei contratti, invece, riguarda la prestazione di un servizio, inerente una esigenza specifica, insorta e dunque determinata, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione, secondo lo schema della prestazione d'opera intellettuale occasionale (art. 2222 cod. civ.)<sup>3</sup>. Questi incarichi, non essendo appalti di servizi ex art 1677 cod. civ., sono classificati come "esclusi" (non "estranei" al codice) e perciò soggetti ai soli principi generali di cui all'art 4<sup>4</sup> del codice dei contratti. In particolare,

- a) quelli di cui al comma 1 lett. d) n. 1 [*rappresentanza legale di un cliente da parte di un avvocato ai sensi dell'articolo 1 della legge 9 febbraio 1982, n. 31, e successive modificazioni: 1.1) in un arbitrato o in una conciliazione tenuti in uno Stato membro dell'Unione europea, un Paese terzo o dinanzi a un'istanza arbitrale o conciliativa internazionale; 1.2) in procedimenti giudiziari dinanzi a organi giurisdizionali o autorità pubbliche di uno Stato membro dell'Unione europea o un Paese terzo o dinanzi a organi giurisdizionali o istituzioni internazionali;*] attengono a una lite insorta;
- b) quelli di cui al comma 1 lett. d) n. 2 [*consulenza legale fornita in preparazione di uno dei*

<sup>1</sup> Sulla natura delle Linee guida ANAC si veda apposito [commento](#) di questo Ufficio studi.

<sup>2</sup> In dottrina v. VOLINO e FRANCO, *I servizi legali nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, Giustamm.it, 2016; FOLLIERI, *Gli incarichi legali conferiti dalle pubbliche amministrazioni* Convegno organizzato da C.N.F. e Fondazione C.N.F. Roma 25 ottobre 2017

<sup>3</sup> Cfr. Corte dei Conti, Sez. regionale di controllo della Campania, [Deliberazione n. 88/2018/VSGO](#), secondo cui l'esclusione dal codice dei contratti comporta l'applicazione dell'art. 7 comma 6 del Dlgs. n. 165/2001.

<sup>4</sup> Il coordinamento tra gli artt. 4 e 17 è attuato nel senso che a tutti i contratti menzionati dall'art. 17 si applicano i principi dell'art. 4. Essi sono, pertanto, "esclusi" e non "estranei" (Cons. Stato, comm. spec., n. 1241 del 2018). Ne consegue che i contratti aventi ad oggetto servizi legali, in quanto espressamente menzionati nell'art. 4, sono soggetti al rispetto dei principi generali del Codice anche quando non costituiscono appalti (ma prestazioni d'opera).

*procedimenti di cui al punto 1), o qualora vi sia un indizio concreto e una probabilità elevata che la questione su cui verte la consulenza divenga oggetto del procedimento, sempre che la consulenza sia fornita da un avvocato ai sensi dell'articolo 1 della legge 9 febbraio 1982, n. 31, e successive modificazioni;]* riguardano due diverse fattispecie: i) attività preparatorie in vista di uno dei procedimenti, negoziali e giudiziali, di risoluzione di una lite esistente; ii) attività di consulenza legale in relazione ad una questione controversa che potrebbe dar luogo ad un conflitto idoneo a sfociare in una lite successiva; c) quelli di cui al comma 1 lett. d) n. 3 [*servizi di certificazione e autenticazione di documenti che devono essere prestati da notai*]: anche in questo caso valgono le considerazioni sopra esposte per cui vi potrà essere una necessità episodica (artt. 4 e 17) oppure una esigenza plurima non predeterminata e in quest'ultimo caso si tratterà l'appalto di servizi vero e proprio (di cui all'allegato IX).

Riguardo alle **procedure di scelta** del professionista, esse soggiacciono alle regole generali pubblicitiche di cui all'art. 12 della legge n. 241/1990, pertanto gli enti dovranno evitare scelte fiduciarie ovvero motivate dalla "chiara fama" del professionista e devono essere finalizzate anche a evitare lo spreco di risorse pubbliche<sup>5</sup>. I servizi legali indicati nell'art. 17, pur restando esclusi dall'applicazione delle procedure di aggiudicazione dettate dal codice dei contratti, devono comunque essere affidati nel rispetto dei principi di cui all'art. 4 e cioè economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità (nonché, ma non rilevanti in questa sede, principi di tutela dell'ambiente ed efficienza energetica). Con la recente sent. n. 334 del 6 febbraio 2017, il TAR Sicilia – Palermo, Sez. III, nel giudicare l'affidamento di un appalto di servizi legali alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici, ha rimarcato come per esso debba essere assicurata la massima partecipazione mediante una procedura di tipo comparativo idonea a permettere a tutti gli aventi diritto di partecipare, in condizioni di parità e uguaglianza, alla selezione per la scelta del contraente (Cfr. Corte dei Conti, Sez. regionale di controllo dell'Emilia Romagna, Deliberazione n. 105/2018/VSGO). Per le fattispecie di cui all'allegato IX (appalti parzialmente "inclusi") sono operanti le soglie di cui all'art. 35 del codice dei contratti e il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità – prezzo, anche in relazione ai contratti di valore inferiore ai 40.000,00 euro (per i quali, in ragione dell'indicazione codicistica, sarebbe consentito anche l'utilizzo del criterio del minor prezzo) deve però essere coordinata con le considerazioni precedentemente svolte su tale tipologia di servizio legale. Secondo il Consiglio di Stato non è esclusa del tutto la possibilità di una scelta diretta –nei soli casi del patrocinio/rappresentanza giudiziale o consulenza precontenziosa– ogni qualvolta l'ente abbia predisposto un elenco di fornitori/professionisti accreditati<sup>6</sup> ("prequalifica") oppure per ragioni di consequenzialità (primo grado/secondo grado/terzo grado/esecuzione...) oppure per ragioni di urgenza ma anche in presenza di una particolare natura della controversia. Le linee guida infatti non prevedono l'affidamento "intuitu personae" né ammettono scelte motivate da ragioni fiduciarie, consigliano l'uso del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Le questioni indicate dal Consiglio di Stato e dalla Corte dei Conti, poi trattate nelle Linee guida n. 12, riguardano tutti gli enti pubblici, tra cui gli Atenei statali. Per individuare con esattezza l'ambito di applicazione delle considerazioni spiegate bisogna fare una puntualizzazione sulle **attività rientranti nei servizi legali** e, successivamente, una

<sup>5</sup> I profili da valorizzare nella scelta del professionista sono: i) l'esperienza e la competenza tecnica, da intendersi come competenza nella materia oggetto del contenzioso ovvero, anche, della questione rilevante per la sua soluzione); ii) la pregressa proficua collaborazione con la stessa stazione appaltante in relazione alla medesima questione; iii) il costo del servizio, nel caso in cui, per l'affidamento di uno specifico incarico, sia possibile riscontrare una sostanziale equivalenza tra diversi profili professionali.

<sup>6</sup> V. ANAC delibera n. 1158 del 9 novembre 2016. L'elenco deve essere idoneo a consentire un confronto concorrenziale.

puntualizzazione sui servizi legali negli Atenei statali.

Per la legislazione italiana vi sono attività “riservate” agli avvocati (idem per i notai, sulla base della normativa di settore<sup>7</sup>) e attività di “competenza” degli avvocati, secondo la attenta distinzione fatta dai commi 5 e 6<sup>8</sup> dell’art. 2 della L. n. 247/2012. Per cui solo *l’assistenza, la rappresentanza e la difesa nei giudizi davanti a tutti gli organi giurisdizionali e nelle procedure arbitrali rituali* devono essere rese (solo) da soggetti iscritti nell’apposito Albo (degli avvocati –ordinario del libero Foro o elenco speciale degli avvocati dipendenti degli Enti pubblici<sup>9</sup>– o di altre professioni ordinistiche<sup>10</sup>). Le attività di consulenza (espressioni di pareri, soluzioni tecniche e valutazioni giuridiche di diritto sostanziale o processuale), anche in vista di un potenziale contenzioso o in presenza di un principio di contenzioso, nonché la elaborazione di schemi di atti, contratti, formule, denunce, querele, diffide o istanze etc. possono essere svolte da chiunque sia in possesso delle cognizioni giuridiche adeguate e documentate (titolo di studio e abilitazione).

Al quadro sinteticamente descritto si aggiunge:

a) per tutti gli enti pubblici (compresi gli Atenei statali), la legislazione in materia di patrocinio giudiziale diretto, senza l’assistenza tecnica dell’avvocato (o altro soggetto individuato dalla Legge) o, per le P.A., per mezzo di un proprio dipendente. Nei casi previsti dagli art. 82 e 417bis cpc (rito del lavoro), art. 23 e 116 cpa (trasparenza e accesso), art. 12 Dlgs. n. 546/1992 (tributi), art. 158 Dlgs. n. 174/2016 (giudizio pensionistico). etc. gli Atenei possono stare in giudizio a mezzo di proprio dipendente e non hanno l’obbligo di essere rappresentati da un avvocato (interno, dello Stato o del libero Foro). Le ipotesi di patrocinio diretto sono stabilite dalla Legge e non possono essere modificate (in senso ampliativo o restrittivo) dalle fonti interne di ateneo;

b) per gli Atenei statali il cd. patrocinio autorizzato<sup>11</sup> dell’Avvocatura dello Stato, ai sensi dell’art. 43 del R.D. n. 1611/1933 e dell’art. 56 del R.D. n. 1592/1933, espressamente citato a pag. 4 delle Linee guida, nella parte iniziale dunque. Inoltre le Università statali fruiscono –gratuitamente– anche di ogni altra funzione consultiva dell’Avvocatura erariale, prevista dall’art. 13 del citato R.D. n. 1611/1933<sup>12</sup>. L’art. 43 del R.D. tratta della *rappresentanza e la difesa nei giudizi attivi e passivi avanti le Autorità giudiziarie, i Collegi arbitrali, le giurisdizioni amministrative e speciali* (non della consulenza); il comma 4 stabilisce

---

<sup>7</sup> V. L. n. 89/1913 e smi.

<sup>8</sup> 5. Sono attività esclusive dell’avvocato, fatti salvi i casi espressamente previsti dalla legge, *l’assistenza, la rappresentanza e la difesa nei giudizi davanti a tutti gli organi giurisdizionali e nelle procedure arbitrali rituali.*

6. Fuori dei casi in cui ricorrono competenze espressamente individuate relative a specifici settori del diritto e che sono previste dalla legge per gli esercenti altre professioni regolamentate, *l’attività professionale di consulenza legale e di assistenza legale stragiudiziale, ove connessa all’attività giurisdizionale, se svolta in modo continuativo, sistematico e organizzato, è di competenza degli avvocati. È comunque consentita l’instaurazione di rapporti di lavoro subordinato ovvero la stipulazione di contratti di prestazione di opera continuativa e coordinata, aventi ad oggetto la consulenza e l’assistenza legale stragiudiziale, nell’esclusivo interesse del datore di lavoro o del soggetto in favore del quale l’opera viene prestata. Se il destinatario delle predette attività è costituito in forma di società, tali attività possono essere altresì svolte in favore dell’eventuale società controllante, controllata o collegata, ai sensi dell’articolo 2359 del codice civile. Se il destinatario è un’associazione o un ente esponenziale nelle diverse articolazioni, purché portatore di un interesse di rilievo sociale e riferibile ad un gruppo non occasionale, tali attività possono essere svolte esclusivamente nell’ambito delle rispettive competenze istituzionali e limitatamente all’interesse dei propri associati ed iscritti.*

<sup>9</sup> V. art. 15 della L. n. 247/2012.

<sup>10</sup> V. Dottori commercialisti e degli esperti contabili, ai sensi del Dlgs. n. 139/2005, per l’assistenza e la rappresentanza davanti agli organi della giurisdizione tributaria.

<sup>11</sup> In dottrina v. SMIROLDO, *La domiciliazione degli Atenei ai fini delle notificazioni di atti e provvedimenti giudiziari*, su [Lexitalia.it](http://Lexitalia.it). V. MACRÌ, *Il patrocinio delle università ex art. 56 RD n. 1592/33: un’interpretazione dislessica*, su [Giustamm.it](http://Giustamm.it), 4/2010. Cfr. Cass. Civ. n. 10700 del 2006 e n. 20582 del 2008.

<sup>12</sup> 13. *L’Avvocatura dello Stato provvede alla tutela legale dei diritti e degli interessi dello Stato; alle consultazioni legali richieste dalle Amministrazioni ed inoltre a consigliarle e dirigerle quando si tratti di promuovere, contestare o abbandonare giudizi; esamina progetti di legge, di regolamenti, di capitolati redatti dalle Amministrazioni, qualora ne sia richiesta; predisporre transazioni d’accordo con le Amministrazioni interessate o esprime parere sugli atti di transazione redatti dalle Amministrazioni; prepara contratti o suggerisce provvedimenti intorno a reclami o questioni mossi amministrativamente che possano dar materia di litigio.*

che *Salve le ipotesi di conflitto, ove tali amministrazioni ed enti intendano in casi speciali non avvalersi della Avvocatura dello Stato, debbono adottare apposita motivata delibera da sottoporre agli organi di vigilanza*. Quando vi è una controversia tra Università e altro Ente pubblico soggetto a patrocinio obbligatorio dell'Avvocatura dello Stato, questa non potrà trattare l'affare<sup>13</sup> (contenzioso o consultivo) per l'Università. Il ricorso –per il patrocinio– agli avvocati del libero Foro è ammesso solo in “casi speciali”<sup>14</sup> o nei suddetti casi di conflitto. Diversamente, il ricorso a propri dipendenti che possano assumere il patrocinio della controversia (o la trattazione consultiva) da parte dell'Università statale è doveroso e prioritario in virtù del “principio di autosufficienza”<sup>15</sup> dell'apparato burocratico pubblico. Sul tema di recente ci sono state varie pronunce della Corte dei Conti<sup>16</sup> confermate dell'assetto descritto: «Anche dopo l'emanazione del nuovo codice dei contratti pubblici, **l'ente deve preliminarmente operare una ricognizione interna** finalizzata ad accertare l'impossibilità, da parte del personale, a svolgere l'incarico (così, da ultima, questa Sezione con la citata deliberazione n. 66/2016)». Qualora il personale universitario non possa svolgere l'incarico, questo sarà svolto dall'Avvocatura dello Stato, salvi i casi di conflitto o altri casi “speciali” (ex art. 43 del RD n. 1611/1933)<sup>17</sup>.

A tale proposito, la precisazione di cui al punto 1.1.3 delle Linee guida (pag. 5) riferita all'art. 17 del Codice, deve essere contestualizzata, poiché l'obbligo di iscrizione all'Albo degli avvocati è indispensabile solo nei casi di affidamento di incarichi (esterni) -di sola consulenza o di consulenza e patrocinio o di solo patrocinio- a professionisti del libero Foro. Come scritto sopra, l'iscrizione all'albo non è invece indispensabile per i dipendenti relativamente alla consulenza legale, l'attività stragiudiziale etc. o per il patrocinio in giudizio, nei casi in cui per quest'ultimo non sia richiesta dalla Legge l'iscrizione all'Albo degli avvocati (elenco speciale) e neppure è indispensabile per gli avvocati dello Stato che, come noto, non sono iscritti ad alcun Albo o Ordine professionale, per l'attività consultiva o per il patrocinio. Naturalmente i dipendenti necessiteranno dell'iscrizione all'elenco speciale dell'Albo degli avvocati per il patrocinio in giudizio, salvo che la Legge non disponga diversamente (patrocinio diretto).

In via conclusiva, anche dopo l'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici (Dlgs. 50/2016 e smi), gli incarichi (di patrocinio o di consulenza) esterni a professionisti legali, sia che si tratti di servizi esclusi sia che si tratti di servizi inclusi ma con regime semplificato, devono tenere conto del contesto legislativo in materia di Università statali e pertanto:

- a) la disciplina della rappresentanza e difesa in giudizio (arbitrato e mediazione inclusi) e della consulenza legale a favore delle Università statali è rimessa alla fonte di rango primario (legge ordinaria) e non può essere derogata dalle fonti normative degli atenei (statuti o regolamenti) che possono, al più, ribadire le previsioni legislative aggiungendo disposizioni subordinate meramente esecutive;
- b) l'attività di consulenza o quella di patrocinio/rappresentanza/difesa legale sono attività istituzionali proprie dei dipendenti pubblici, nel rispetto delle legislazione in materia e

---

<sup>13</sup> Altrettanto nei casi in cui debbano essere proposti in giudizio incidenti costituzionali o incidenti di diritto comunitario.

<sup>14</sup> Cass. SS.UU. civ., 20-10-2017, n. 24876

<sup>15</sup> V. Corte dei Conti, Sezione regionale di controllo per il Veneto, deliberazione n. 35/2008, secondo cui il principio, che discende direttamente dal dettato costituzionale dell'art. 97, secondo il quale la P.A. deve improntare i propri comportamenti a criteri di legalità, efficienza, economicità e imparzialità, avvalendosi prioritariamente delle proprie strutture organizzative e del personale ivi preposto, trasfuso nell'art. 7, comma 6, del testo unico sul pubblico impiego, è principio fondamentale organizzativo al quale deve rispondere l'azione amministrativa e **da tener presente in ogni ipotesi in cui l'amministrazione intenda avvalersi di competenze esterne**.

Pertanto, la presenza di professionalità interne in grado di assolvere al compito inibisce la possibilità di un ricorso ad apporti esterni (...).

<sup>16</sup> Corte dei Conti, Sezione regionale di controllo per l'Emilia Romagna, Deliberazione n. 35/2018/VSGO, Deliberazione n. 82/2018/VSGO e Deliberazione n. 105/2018/VSGO. Corte dei Conti, Sezione giurisdizionale per il Lazio, Sentenza 29 maggio 2017, n. 124.

<sup>17</sup> Si veda l'[avviso](#) pubblicato dall'Università dell'Aquila che correttamente ammette la sola ipotesi in cui l'Avvocatura dello Stato “dichiari l'impossibilità di assumere la rappresentanza in giudizio”.

del CCNL di comparto;

c) gli Atenei possono istituire, anche in presenza di un normale/fisiologico volume di contenzioso, proprie Avvocature<sup>18</sup> domestiche (art. 18 legge professionale), con funzionari iscritti all'elenco speciale dell'Ordine degli avvocati (per attività giudiziale, stragiudiziale, consultiva, formativa, commissioni di gara/concorso, etc.), soprattutto laddove vi siano già dipendenti abilitati e competenti, nell'interesse esclusivo dell'Ateneo di appartenenza;

d) l'attività di consulenza legale –anche in previsione/connessione/occasione/esecuzione di una controversia– viene svolta prioritariamente da dipendenti universitari (iscritti o meno all'elenco speciale degli avvocati), oppure dagli Avvocati dello Stato; essa può essere attribuita a professionisti del libero Foro -solo nel caso di indisponibilità dei dipendenti dell'Università o degli Avvocati dello Stato-, con le modalità descritte dal parere del Consiglio di Stato e dalle Linee guida;

e) l'attività di patrocinio/rappresentanza/difesa legale (in giudizi o arbitrati) viene svolta prioritariamente da dipendenti universitari (iscritti o meno all'elenco speciale degli avvocati, secondo le norme processuali specifiche), oppure dagli Avvocati dello Stato (salvo le eccezioni suddette) o, in via residuale e purché trattasi di casi "speciali"<sup>19</sup>, da professionisti del libero Foro individuati con le modalità descritte dal parere del Consiglio di Stato e dalle Linee guida.

---

<sup>18</sup> V. PRUDENTE, *l'Avvocatura nelle università*, su Lexitalia.it 2017.

<sup>19</sup> Non sono speciali tutti quei casi tipici del sistema universitario (accesso ai corsi di studio, appalti e contratti, reclutamento e stato giuridico dei docenti, reclutamento pta, etc.), le questioni di interesse generale del sistema, le questioni seriali etc. Possono essere "speciali" le controversie sulla proprietà intellettuale, sullo sfruttamento economico dei risultati delle ricerche etc.