

INCARICHI LEGALI

Ciclo di incontri sul codice dei contratti pubblici

5 maggio 2025

Avv. Stefano Bigolaro - Foro di Padova

Fondazione Forense Firenze

Società Toscana Avvocati Amministrativisti

Scuola UNAA

Incarichi legali e appalti

- Le p.a.: un mondo a parte
- L'evidenza pubblica: le ragioni di fondo
- Gli incarichi legali conferiti dalle p.a. sono appalti (sottoposti al codice dei contratti pubblici)?
- Il problema si pone fin dal primo codice (2006)
- Si è dovuto distinguere ciò che è appalto e ciò che non lo è

La distinzione come chiarita dalla sentenza del Consiglio di Stato, V Sez., n. 2730/2012

Perché ci sia un appalto, deve esserci un "quid pluris" rispetto a un singolo incarico di patrocinio o di assistenza legale

Cons. Stato 2730/2012: quando c'è il «quid pluris»?

...quando si affida un incarico strutturato,

«per un determinato arco temporale

e per un corrispettivo determinato».

Cons. Stato 2730/2012: l'incarico legale singolo non soggiace a gara

- «Per converso, il contratto di conferimento del singolo e puntuale incarico legale [...] non può soggiacere ad una procedura concorsuale di stampo selettivo».

Cons. Stato 2730/2012

La procedura concorsuale è incompatibile con il singolo incarico

- per l'aleatorietà dell'iter del giudizio,
- per la non predeterminabilità degli aspetti temporali, economici e sostanziali delle prestazioni
- per la conseguente assenza di basi oggettive su cui fare comparazioni

Gli incarichi legali singoli sono contratti esclusi

Il codice dei contratti pubblici del 2016 conferma l'esclusione degli incarichi legali «singoli», ripetendo la formulazione delle direttive. E sembra confermare l'impostazione di Cons. Stato 2730/2012.

Art. 17. (Esclusioni specifiche per contratti di appalto e concessione di servizi)

Codice dei contratti pubblici del 2016

Art. 17 D.Lgs. 50/2016

1. Le disposizioni del presente codice non si applicano agli appalti e alle concessioni di servizi

(...)

d) concernenti uno qualsiasi dei seguenti servizi legali:

- 1) rappresentanza legale di un cliente da parte di un avvocato (...)
 - 1.2) in procedimenti giudiziari dinanzi a organi giurisdizionali (...)
- 2) consulenza legale fornita in preparazione di uno dei procedimenti di cui al punto 1) (...)

Codice 2016: alcuni principi si applicano ai contratti esclusi

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

1. L'affidamento (...) avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica.»

- E' un esempio di gold plating
- Sulla base di tali principi, l'ANAC ha emanato le Linee guida 12/2018

LINEE GUIDA ANAC 12/2018:

Resta la distinzione tra incarichi singoli e appalti

«(...) rileva la circostanza che l'incarico venga affidato per un'esigenza puntuale ed episodica della stazione appaltante.»

LINEE GUIDA ANAC 12/2018

Ma dai principi dell'art. 4 derivano

- una disciplina «appaltistica» anche per gli incarichi legali che non sono appalti
- l'affidamento previo confronto come regola (derogabile)
- gli elenchi

IL D.LGS. 36/2023

Nuovo codice, stesse direttive

Articolo 13

Ambito di applicazione

1. Le disposizioni del codice si applicano ai contratti di appalto e di concessione.
2. Le disposizioni del codice non si applicano ai contratti esclusi (...)

Nuovo codice: esclusioni

Articolo 56

Appalti esclusi nei settori ordinari

1. Le disposizioni del codice relative ai settori ordinari non si applicano agli appalti pubblici:

h) concernenti uno qualsiasi dei seguenti servizi legali:

1)... *Stessa definizione dell'art. 17 codice 2016*

Nuovo codice, art. 13 co. 5

5. L'affidamento dei contratti di cui al comma 2 che offrono opportunità di guadagno economico, anche indiretto, avviene tenendo conto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3.

I principi di cui agli articoli 1, 2 e 3

(risultato, fiducia, accesso al mercato)

valgono per i contratti esclusi ?

La relazione al Codice sembra riferire il co. 5 cit. ai soli contratti a titolo gratuito

Nuovo codice: i dati oggettivi

- Restano appalti esclusi (art. 56)
- Il quadro di riferimento è comunque cambiato (i principi sono diversi)
- Le linee guida 12 non sono più applicabili

Indicazioni giurisprudenziali

Sentenza 14.5.2024 n. 9492 TAR Lazio su impugnazione CNF delle linee guida 12/2018 ANAC:

- non sono più efficaci
- i principi vecchi e nuovi non coincidono
- gli incarichi legali restano però sottoposti a poteri regolatori dell'ANAC (che vigila anche sui contratti esclusi)
- ciò legittima ANAC a imporre CIG e contributo

Il revirement: Cons. Stato 2776/2025

La sentenza 2.4.2025 n. 2776 del Consiglio di Stato:

- L'incarico di una pubblica amministrazione a un legale è sempre un appalto pubblico di servizi, sia che si tratti di un incarico occasionale, sia che tratti di servizi legali continuativi svolti in forma organizzata.
- Non importa che si rientri negli appalti esclusi: ciò rileva solo ai fini della sottrazione agli obblighi di evidenza pubblica nella fase dell'affidamento.

Cons. Stato 2776: un principio di concorrenza

- Gli incarichi legali sono sottoposti ora a un principio di concorrenza, ex art. 3 del Codice.
- È una previsione più ampia di quella del Codice previgente, che sottoponeva gli appalti esclusi ai principi dell'art. 4 (tra i quali la concorrenza non è espressamente menzionata).
- Ed è una scelta non in contrasto con l'ordinamento comunitario perché l'articolo 10 della Direttiva 24/2014 usa un condizionale: i servizi legali “dovrebbero” essere esclusi dall'ambito di applicazione della Direttiva

Cons. Stato 2776: rilievi

- Si assume una nozione onnicomprensiva di appalto pubblico che non lascia alcuno spazio all'esistenza di fattispecie estranee al Codice
- Una nozione che – senza distinzione tra sopra e sotto soglia – rende irrilevante ogni altra disposizione interna.
- Si considera solo il principio della concorrenza di cui all'art. 3 del nuovo Codice. C'è anche il principio del risultato, cui la concorrenza è funzionale.

Cons. Stato 2776: l'errore sul testo della norma

L'articolo 10 della Direttiva appalti non usa alcun condizionale. Questo il testo: *“La presente direttiva non si applica agli appalti pubblici di servizi (...) concernenti uno qualsiasi dei seguenti servizi legali”*.

Nessuno spazio per gli Stati per fare quello che vogliono.

Un condizionale c'è in un altro passaggio della direttiva, il “considerando” 25. Ma a parte la diversa portata della previsione, i “considerando” non contengono enunciati di carattere normativo.

L'errore ha un “effetto domino” sul percorso argomentativo della sentenza.

Cons. Stato 2776: ciò che manca

La sentenza 2776 non si pone nessun problema sulla natura dell'attività legale

Assume in modo acritico la piena equiparazione tra avvocati e appaltatori

Manca la considerazione della peculiarità delle prestazioni legali e della specificità delle regole della professione forense, che sono diretta conseguenza del rilievo della funzione dell'avvocato

Due visioni

- Dietro le ricostruzioni normative, vi sono in realtà due visioni coesistenti della professione di avvocato:
 1. l'avvocato come impresa
 2. l'avvocato come funzione fiduciaria

Visione 1:

Consiglio di Stato, sent. n. 1164/2016

«il CNF [...], può svolgere “attività amministrativa”, “giurisdizionale” e “di impresa”.

(...) la nozione europea di impresa include anche l'esercente di una professione intellettuale,

con la conseguenza che il relativo Ordine professionale può essere qualificato alla stregua di un'associazione di imprese»

Consiglio di Stato, 1164/2016

«Un'organizzazione professionale,
quando adotta un atto come il codice deontologico,
non esercita né una funzione sociale fondata sul principio di solidarietà
né prerogative tipiche dei pubblici poteri».

E' solo un'attività economica

Visione 2:

Corte di giustizia dell'Unione Europea

Sentenza 6 giugno 2019 C 264

Le prestazioni fornite da un avvocato «si configurano solo nell'ambito di un **rapporto intuitu personae** tra l'avvocato e il suo cliente, caratterizzato dalla **massima riservatezza**».

Corte di giustizia dell'Unione Europea

Sentenza 6 giugno 2019

Da un lato, il «**rappporto intuitu personae** tra l'avvocato e il suo cliente, caratterizzato dalla libera scelta del difensore e dalla fiducia che unisce il cliente al suo avvocato, rende difficile la descrizione oggettiva della qualità che si attende dai servizi da prestare».

Corte di giustizia dell'Unione Europea

Sentenza 6 giugno 2019

Dall'altro lato, **la riservatezza del rapporto** tra avvocato e cliente, per salvaguardare il pieno esercizio dei diritti della difesa e avere la possibilità di rivolgersi con piena libertà al proprio avvocato, potrebbe essere minacciata dall'obbligo di pubblicità incombente sull'amministrazione.

Corte di giustizia dell'Unione Europea

Sentenza 6 giugno 2019

«Ne consegue che, alla luce delle loro caratteristiche oggettive, i servizi di cui all'articolo 10, lettera d), i) e ii), della direttiva 2014/24, non sono comparabili agli altri servizi inclusi nell'ambito di applicazione della direttiva medesima».

In questo quadro, la comparazione tra i corrispettivi e l'equo compenso

Legge 49/2023

Art. 1

Definizione

- «1. Ai fini della presente legge, per equo compenso si intende la corresponsione di un compenso proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, al contenuto e alle caratteristiche della prestazione professionale, nonché conforme ai compensi previsti rispettivamente:
- a) per gli avvocati, dal decreto del Ministro della giustizia emanato ai sensi dell'articolo 13, comma 6, della legge 31 dicembre 2012, n. 247;»

Legge 49 del 2023

Art. 2

Ambito di applicazione

«1. La presente legge si applica ai rapporti professionali aventi ad oggetto la prestazione d'opera intellettuale (...) svolta in favore di imprese bancarie e assicurative nonché (...) delle imprese che nell'anno precedente al conferimento dell'incarico hanno occupato alle proprie dipendenze più di cinquanta lavoratori o hanno presentato ricavi annui superiori a 10 milioni di euro (...)

3. Le disposizioni della presente legge si applicano altresì alle prestazioni rese dai professionisti in favore della pubblica amministrazione e delle società disciplinate dal testo unico in materia di società a partecipazione pubblica».

Legge 49 del 2023

Art. 3

Nullità delle clausole che prevedono un compenso non equo

- «1. Sono nulle le clausole che non prevedono un compenso equo e proporzionato all'opera prestata (...); sono tali le pattuizioni di un compenso inferiore agli importi stabiliti dai parametri per la liquidazione dei compensi dei professionisti iscritti agli ordini o ai collegi professionali (...).
- 4. La nullità delle singole clausole non comporta la nullità del contratto, che rimane valido ed efficace per il resto. La nullità opera solo a vantaggio del professionista ed è rilevabile d'ufficio».

Nuovo codice contratti ed equo compenso

D.Lgs. 36/2023

Contrasto giurisprudenziale sulla diretta applicazione dell'equo compenso in luogo delle disposizioni del codice sulle professioni dell'area tecnica

La soluzione del Consiglio di Stato (594/2025; 844/2025): non c'è diretta applicazione.

Il correttivo: limite percentuale alla compressione dei corrispettivi rispetto ai parametri

Nuovo codice contratti ed equo compenso: continua

D.Lgs. 36/2023

Art. 8

«2. Le prestazioni d'opera intellettuale non possono essere rese dai professionisti gratuitamente, salvo che in casi eccezionali e previa adeguata motivazione.

Salvo i predetti casi eccezionali, la pubblica amministrazione garantisce comunque l'applicazione del principio dell'equo compenso **secondo le modalità previste dall'articolo 41, commi 15-bis, 15-ter e 15-quater.»**

- *L'art. 41 cit. ha ad oggetto i «livelli di progettazione».*

La disciplina previgente dell'equo compenso

In realtà l'equo compenso per la p.a. c'era già prima, con una diversa formulazione: art. 19 quaterdecies DL 148/2017

«**3.** La pubblica amministrazione, in attuazione dei principi di trasparenza, buon andamento ed efficacia delle proprie attività, **garantisce il principio dell'equo compenso**».

Le ragioni della riformulazione

- Normativa previgente: spesso disapplicata (tesi della derogabilità consensuale)
- Il tema degli incarichi gratuiti. Ad es. Cons. Stato, sentenza 2084/2023: il compenso deve essere equo solo se è previsto un compenso; ma può non essere previsto.

Violazioni

Violazioni dell'equo compenso:

c'è una responsabilità della p.a.

e una responsabilità dell'avvocato (che pure è il soggetto danneggiato)

25 bis codice deontologico

1. L'avvocato non può concordare o preventivare un compenso che, ai sensi e per gli effetti delle vigenti disposizioni in materia di equo compenso, non sia giusto, equo e proporzionato alla prestazione professionale richiesta e non sia determinato in applicazione dei parametri forensi vigenti.

E' una norma «sollecitata» dalla l. 49/2023 (al di là dei dubbi dell'Antitrust...)

Tre precisazioni sull'art. 25 bis

- 1. vale solo nei confronti dei clienti «forti»
- 2. una norma deontologica sul corrispettivo c'era già. Art. 29 co. 4 codice deontologico forense: «L'avvocato non deve richiedere compensi o acconti manifestamente sproporzionati all'attività svolta o da svolgere».
- 3. c'è un'incongruenza nel nuovo art. 25 bis: chi agisce per far valere la nullità parziale del contratto per violazione dell'equo compenso, in realtà sta attestando un proprio illecito deontologico. Ma è inevitabile

Conclusioni: un rapporto a sé

L'equo compenso riguarda tutte le professioni. Ma – per gli incarichi agli avvocati - si inserisce in un rapporto «sui generis».

- Correlazione ai diritti di difesa ex art. 24 Cost. Ciò vale anche per la consulenza e l'assistenza legale connessa all'attività giurisdizionale (art. 2 della legge 247).
- Anche all'interno di un contratto d'appalto l'avvocato non è un mero appaltatore. Complesso di regole a garanzia dell'autonomia e indipendenza del suo operato.
- Inoltre l'attività dell'avvocato incaricato da una p.a. è connessa all'esercizio dei poteri pubblici quando l'esercizio di tali poteri è coinvolto nel contenzioso.