

Milano, 20 aprile 2016

## Affidamento di servizi legali di rappresentanza giudiziale e arbitrale - Appunti in occasione del nuovo Codice degli Appalti – I casi ANAS e GSE

*Avv. Alessandro Renna – Founder & CEO di 4cLegal*

Il nuovo codice degli appalti (di seguito per brevità il “**Codice**”), offre spunti importanti per riflettere sul tema dell’acquisto, da parte dei soggetti pubblici, di servizi legali consistenti nella rappresentanza in procedimenti giudiziali o arbitrali.

Al riguardo, il Codice esclude testualmente dal proprio ambito di applicazione i servizi legali prestati da avvocati e consistenti in **(i)** rappresentanza legale in procedimenti giudiziari o arbitrali oppure **(ii)** consulenza legale fornita in preparazione di uno dei procedimenti di cui sub (i) ovvero in presenza di un indizio concreto e di una probabilità elevata che la questione su cui verte la consulenza divenga oggetto di uno di tali procedimenti (art. 17, comma 1, lett. d) del Codice).

Analogamente a quanto previsto dalla previgente disciplina, il Codice fa salva l’applicazione -anche per l’affidamento dei contratti pubblici esclusi dall’ambito di applicazione del Codice medesimo, tra i quali quelli relativi ai servizi legali sopra menzionati- di alcuni principi cardine del diritto amministrativo. Tra questi, ai sensi dell’art. 4 del codice, comma 1: **economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità e pubblicità** (non rilevanti ai nostri fini gli ulteriori principi richiamati, relativi alla tutela dell’ambiente e all’efficienza energetica).

Da quanto precede deriva *de plano* che, di fronte allo scrutinio del **giudice amministrativo** ovvero, in sede di giudizio sul danno c.d. “erariale”, della **Corte dei Conti**, i soggetti pubblici dovranno poter dimostrare che l’affidamento dei servizi legali relativi o connessi alla rappresentanza in giudizio o in arbitrato ha seguito i citati principi. Alcuni di tali principi rivestono primaria importanza nel settore che ci occupa e richiedono all’interprete un ineludibile sforzo di approfondimento e concretizzazione. In prima istanza, ad avviso di chi scrive:

- la **trasparenza** implica che sia stato reso **accessibile e conoscibile l’iter che ha portato il soggetto pubblico ad affidare servizi legali ad un soggetto piuttosto che a un altro. Tale principio** si collega in modo evidente a quello di **pubblicità**, finalizzato a garantire il controllo diffuso sull’azione amministrativa e oggi puntualmente declinato, nella materia che ci occupa, dal d.lgs. 33/2013 e dalla legge 208/2015 (art. 1, commi 675 e 676);  
I principi di trasparenza e pubblicità, merita rilevare, sono quelli che garantiscono **effettività agli altri principi**, in quanto la conoscenza dell’iter che ha condotto un soggetto pubblico ad assumere una determinata decisione di affidamento costituisce il presupposto per poter sindacare se l’azione amministrativa sia stata, nella circostanza di specie, effettivamente conforme agli altri principi;
- l’**economicità** implica la dimostrabilità che l’affidamento è avvenuto a **condizioni di mercato**, a tutela dell’interesse generale ad una corretta e diligente gestione delle risorse pubbliche;

- l'**imparzialità** implica la dimostrabilità che il soggetto pubblico ha effettuato l'affidamento mosso esclusivamente dall'obiettivo di perseguire l'interesse generale, **senza favoritismi o comportamenti arbitrari**;
- la **parità di trattamento** implica che tutti i soggetti titolati a ricevere l'affidamento di servizi legali abbiano avuto le **medesime possibilità** di ottenere tale affidamento e siano stati valutati sulla base dei **medesimi pesi e criteri**.

Quanto precede può supportare una riflessione su quale sia la modalità più corretta di affidamento dei servizi legali relativi o connessi alla rappresentanza in giudizio o in arbitrato da parte di un soggetto pubblico. Ad avviso di chi scrive, **l'affidamento** di servizi legali che avvenga in modo "**diretto**", ossia prescindendo da una procedura comparativa, **non è una modalità idonea a rispettare i sopra menzionati principi**.

Tale conclusione deriva dal fatto che l'affidamento diretto non consente di:

- conoscere le ragioni per le quali l'avvocato incaricato sia stato preferito rispetto ad altri aventi esperienze e competenze le quali, pur certamente non "uguali", possano ragionevolmente ritenersi del medesimo livello (**assenza di trasparenza e pubblicità**);
- dimostrare che l'affidamento è avvenuto a condizioni di mercato, circostanza che non può essere provata in assenza di riscontri provenienti dal "mercato" stesso (**assenza di economicità**);
- dimostrare di aver perseguito esclusivamente l'interesse generale, senza favorire un soggetto (l'affidatario) rispetto ad altri pur potenzialmente idonei a ricevere l'affidamento (**assenza di imparzialità**);
- dimostrare che altri soggetti potenzialmente idonei a ricevere l'affidamento siano stati posti in condizione di competere per tale affidamento e valutati sulla base dei medesimi pesi e criteri che hanno condotto al conferimento dell'incarico a favore dell'affidatario (**assenza di parità di trattamento**).

Le considerazioni che precedono, già pienamente argomentabili alla luce della previgente disciplina, sono quelle che hanno condotto alcuni dei maggiori operatori del settore pubblico (**ANAS e GSE**) ad adottare un metodo di affidamento di servizi legali relativi o connessi alla rappresentanza in giudizio o in arbitrato del tutto antitetico a quello "diretto": il "**beauty contest**". Tale metodo consiste nella raccolta e comparazione di una pluralità di offerte da parte di avvocati accreditati nell'albo della società pubblica e nell'affidamento dell'incarico a favore del soggetto la cui offerta sia risultata migliore.

Il beauty contest è oggi il metodo, e il processo, che garantisce un concreto rispetto, da parte dei soggetti pubblici, dei citati principi di trasparenza, economicità, imparzialità e parità di trattamento. **L'informatizzazione del beauty contest è la mission di 4cLegal**, che con i progetti ANAS e GSE ha proposto al settore pubblico un nuovo paradigma di affidamento di servizi legali concretamente implementativo dei principi che regolano l'azione amministrativa e, circostanza particolarmente apprezzabile dagli operatori, estremamente semplice da attuare.

In successivi approfondimenti si darà conto di come il beauty contest rappresenti la *best practice* alla luce degli orientamenti dell'ANAC e della Corte dei Conti, oltre che uno strumento che il semplice "**buon senso**" conduce a ritenere ottimale per la tutela dell'interesse generale.

\*\*\*