

APPALTI: Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Prima stralcio, Sentenza 14 maggio 2024 n. 9492

1. APPALTI – Appalti della PA – Linee guida ANAC n. 12/2018 in materia di affidamento dei servizi legali – Inefficacia in seguito all’entrata in vigore del d.lgs n. 36/2023.

2. APPALTI – Appalti della PA – Delibera ANAC n. 584/2023 – Funzione di vigilanza dell’ANAC anche in relazione ai contratti esclusi - Obbligo di acquisizione del CIG e di pagamento del contributo in favore dell’Autorità in relazione ai servizi legali – Legittimità.

3. APPALTI – Appalti della PA – Delibera ANAC n. 584/2023 – Motivazione espressa dell’obbligo di pagamento del contributo in relazione ai contratti esclusi – Violazione del divieto di *gold plating* – Non sussiste.

1. Le Linee guida dell’ANAC n. 12/2018, recanti “Affidamento dei servizi legali” hanno perso efficacia in conseguenza dell’abrogazione del d.lgs. n. 50/16, a decorrere dal 01/07/23, ai sensi dell’art. 226 d. lgs. n. 36/2023, in quanto applicative di un testo normativo non più in vigore.

2. E’ legittima la delibera dell’ANAC n. 584/2023, recante “Indicazioni relative all’obbligo di acquisizione del CIG e di pagamento del contributo in favore dell’Autorità per le fattispecie escluse dall’ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici”, nella parte in cui prevede l’acquisizione del CIG e il pagamento del contributo in favore dell’Autorità in relazione “ai servizi legali esclusi dall’ambito di applicazione del codice” ai sensi dell’art. 56 comma 1 lettera h) d. lgs. n. 36/2023.

Ai sensi dell’art. 222, comma 3, lettera a) d. lgs. n. 36/23 sono espressamente assoggettati alla vigilanza dell’ANAC anche i servizi legali consistenti nell’affidamento di singoli incarichi defensionali, in quanto rientranti nei contratti esclusi e ciò a prescindere dalla loro qualificazione in termini di appalto o contratto d’opera.

3. La delibera dell’ANAC n. 584/2023 contiene una motivazione espressa in ordine alle ragioni per cui ha imposto l’obbligo di pagamento del contributo, ivi individuate nel richiamo all’art. 1, comma 67, l. n. 266/05, la cui vigenza è stata confermata dall’art. 222 comma 12 d. lgs. n. 36/2023 in funzione dell’*autonomia organizzativa e finanziaria dell’ANAC*.

La scelta di assoggettare a vigilanza anche i contratti esclusi risulta coerente con l’obbligatoria applicazione, alle procedure di affidamento degli stessi, dei principi generali di cui agli artt. 1, 2 e 3 d.lgs. n. 36/2023. Tale disciplina non si pone in contrasto con il divieto del c.d. “gold plating” in quanto la richiesta del CIG ed il pagamento del contributo non influiscono, in alcun modo, sulle procedure di affidamento di tali contratti e non integrano un aggravamento della disciplina comunitaria che, sul punto, si limita ad espungere dal suo ambito applicativo i contratti esclusi ma non preclude di vigilare sugli stessi.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell’Anac - Autorita' Nazionale Anticorruzione;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 87 comma 4 bis c.p.a.;

Relatore all'udienza straordinaria di smaltimento dell'arretrato del giorno 12 aprile 2024 il dott.

Michelangelo Francavilla;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato il 21/12/18 e depositato il 27/12/18 il Consiglio Nazionale Forense ed Andrea Mascherin hanno impugnato la deliberazione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione n. 907 del 24/10/18, pubblicata sulla G.U.R.I. – Serie Generale del 13 novembre 2018 ed avente ad oggetto le “*Linee guida n. 12 - Affidamento dei servizi legali*”.

L'Anac - Autorità Nazionale Anticorruzione, costituitasi in giudizio con comparsa depositata il 09/01/19, ha concluso per la reiezione del gravame

Con atto notificato il 13/12/19 e depositato il 18/12/19 i ricorrenti hanno impugnato con motivi aggiunti il Comunicato del Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione del 16/10/19, depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 25/10/19, recante “*Indicazioni relative all'obbligo di acquisizione del CIG e di pagamento del contributo in favore dell'Autorità per le fattispecie escluse dall'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici*”, nella parte in cui sono stati ridefiniti gli obblighi di acquisizione del CIG e di pagamento del contributo in favore dell'Autorità, oltre alla trasmissione di dati all'Osservatorio dei contratti pubblici, in relazione ai servizi legali esclusi ai sensi dell'art. 17 comma 1 lettera d) d. lgs. n. 50/16.

Con ordinanze presidenziali n. 4981/22 e n. 5976/23 il Tribunale ha disposto gli incumbenti istruttori ivi indicati.

Con atto notificato il 26/02/24 e depositato il 05/03/24 i ricorrenti hanno impugnato con ulteriori motivi aggiunti la Delibera dell'Autorità Nazionale Anticorruzione n. 584 del 19/12/23, depositata presso la Segreteria del Consiglio in data 28/12/23, recante “*Indicazioni relative all'obbligo di acquisizione del CIG e di pagamento del contributo in favore dell'Autorità per le fattispecie escluse dall'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici*”, nella parte in cui prevede l'acquisizione del CIG e il pagamento del contributo in favore dell'Autorità in relazione “*ai servizi legali esclusi dall'ambito di applicazione del codice*” ai sensi dell'art. 56 comma 1 lettera h) d. lgs. n. 36/23.

All'udienza di riduzione dell'arretrato, tenutasi in modalità da remoto come previsto dall'art. 87 comma 4 bis c.p.a., il Collegio, ai sensi dell'art. 73 c.p.a., ha dato avviso della possibile parziale cessazione della materia del contendere e della possibile parziale improcedibilità del gravame; all'esito, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il Tribunale ritiene che debba, in parte, essere dichiarata la cessazione della materia del contendere, e, per il resto, l'improcedibilità e l'infondatezza del ricorso secondo quanto in prosieguo evidenziato. Con il ricorso principale il Consiglio Nazionale Forense ed Andrea Mascherin impugnano la deliberazione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione n. 907 del 24/10/18, pubblicata sulla G.U.R.I. – Serie Generale del 13 novembre 2018 ed avente ad oggetto le “*Linee guida n. 12 - Affidamento dei servizi legali*”.

Come emerge dal ricorso, le linee guida sono impugnate:

“(i) esclusivamente per la tipologia di attività disciplinate dall’articolo 17, comma 1, lettera d), del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (c.d. nuovo Codice dei contratti pubblici);

(ii) per la sola parte in cui impongono la celebrazione di un obbligatorio procedimento comparativo quale adempimento indispensabile per l’affidamento del mandato professionale, anziché ritenere sufficiente, su scelta discrezionale della singola amministrazione, un affidamento diretto su base fiduciaria che sia fondato sul carattere intuitu personae del rapporto e fermo restando sia l’obbligo di motivazione sia il rispetto dei principi generali dell’azione amministrativa;

(iii) pertanto, l’oggetto dell’impugnazione – salvo alcune precisazioni che saranno fatte nella parte “in diritto” – è circoscritto al paragrafo 3.1 (e in particolare 3.1.1, 3.1.2, 3.1.3, 3.1.4.1, 3.1.4.2 e 3.1.3), perché in questi paragrafi:

(iii.a) si nega in via di principio (e salvo limitate e irragionevolmente restrittive eccezioni) che le p.a. possano effettuare un affidamento diretto di tali tipologie di incarichi agli avvocati;

(iii.b) l’ANAC, dall’aver sottoposto gli incarichi ex art. 17, comma 1, lettera d), all’applicazione dei principi generali enunciati all’articolo 4 del d. lgs. n. 50 del 2016, evince anche la necessità di dar corso ad una sequenza procedurale costellata di particolari vincoli e formalità, e negando quindi in ogni caso l’affidamento fiduciario e diretto dell’incarico, il quale ultimo, infatti, è considerato “possibile ... solo in presenza di specifiche ragioni logico-motivazionali che devono essere espressamente illustrate dalla stazione appaltante nella determina a contrarre” (pagg. 1-2 dell’atto introduttivo).

Il ricorso principale è improcedibile per sopravvenuta carenza d’interesse.

Le linee guida n. 12, recanti *“Affidamento dei servizi legali”*, sono state emanate con delibera emessa dall’Anac il 24/10/18 ed hanno carattere non vincolante come emerge dal contenuto delle stesse e dal richiamo, presente nella premessa dell’atto, all’art. 213 comma 2 d. lgs. n. 50/16 secondo cui *“l’ANAC, attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell’efficienza, della qualità dell’attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche”*.

Le linee guida in esame sono state adottate per disciplinare l’applicazione degli artt. 4 e 17 d. lgs. n. 50/16.

Senonchè il d. lgs. n. 50/16 è stato abrogato, a decorrere dal 01/07/23, dall’art. 226 d. lgs. n. 36/23 a seguito dell’entrata in vigore della disciplina prevista da tale ultimo testo normativo.

Deve ritenersi che, a seguito dell'entrata in vigore del nuovo codice degli appalti, le Linee Guida impugnate nel presente giudizio abbiano perso efficacia in quanto applicative di un testo normativo non più in vigore.

Tale opzione ermeneutica è, del resto, confermata dall'art. 225 ultimo comma d. lgs. n. 36/23 il quale prevede che, *“in luogo dei regolamenti e delle linee guida dell'ANAC adottati in attuazione del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016, laddove non diversamente previsto dal presente codice, si applicano le corrispondenti disposizioni del presente codice e dei suoi allegati”*.

Quand'anche si volesse riferire tale disposizione alle c.d. linee guida vincolanti, ovvero quelle emanate in attuazione di specifiche disposizioni del d. lgs. n. 50/16 (ad esempio l'art. 36 comma 7), i principi di logica e coerenza che devono caratterizzare la disciplina d. lgs. n. 36/23 inducono a ritenere che l'effetto caducante, derivante dall'entrata in vigore della nuova disciplina di rango primario, non possa non riguardare anche le linee guida c.d. interpretative, quali quelle impugnate nel presente giudizio, che, rispetto alle prime, non sono caratterizzate da precettività.

Del resto, la sopravvivenza delle linee guida Anac n. 12 anche a seguito dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 36/23 non è mai stata dichiarata formalmente dall'Anac.

Nella relazione istruttoria del 25/09/23, depositata in giudizio in pari data, l'Autorità evidenzia che *“la disciplina degli affidamenti di servizi legali nei settori ordinari (individuati mediante richiamo diretto all'allegato XIV della direttiva) è ora contenuta agli articoli 56 e 127 del codice, con previsioni sostanzialmente riprodotte della disciplina previgente. Agli affidamenti di servizi esclusi è, infatti, prevista l'applicazione dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3 del codice (sostanzialmente coincidenti con quelli riportati all'art. 4 del vecchio codice), mentre per gli affidamenti di cui all'allegato XIV della direttiva si applicano le disposizioni del codice e le previsioni particolari individuate all'art. 127, coincidenti con le previsioni dell'art. 140 del vecchio codice. Sulla base di tale raffronto può affermarsi che le indicazioni contenute nelle Linee Guida n. 12 potrebbero essere confermate anche alla luce del nuovo codice, essendo improntate a garantire, anche per gli affidamenti di servizi legali esclusi dall'applicazione del codice, il rispetto dei principi di risultato e di accesso al mercato”* (pagg. 6-7 della relazione).

L'affermazione dell'Anac, espressa in un atto a valenza processuale ed in forma dubitativa (*“potrebbero essere confermate”*), muove, però, da un presupposto indimostrato quale l'assoluta omogeneità, in riferimento ai servizi legali, che sarebbe ravvisabile tra la disciplina del d. lgs. n. 50/16 e quella introdotta dal d. lgs. n. 36/23.

In realtà, il d. lgs. n. 50/16 assoggettava gli appalti esclusi, nel cui ambito l'art. 17 riconduceva anche *“la 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”, ai principi di cui all’art. 4 secondo cui *“l’affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, dei contratti attivi, 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”*.

Il d. lgs. n. 36/23, oggi vigente, dopo avere ricompreso negli appalti esclusi dall’applicazione del codice i medesimi servizi legali (art. 56 d. lgs. n. 36/23), prevede, per questi ultimi, nell’ipotesi di opportunità di guadagno economico, anche indiretto, che l’affidamento avvenga *“tenendo conto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3”* (art. 13 comma 5 d. lgs. n. 50/16) ovvero dei principi del risultato, della fiducia e dell’accesso al mercato.

Tali principi, però, non possono, in assoluto, essere ritenuti coincidenti con quelli richiamati dal previgente art. 4 d. lgs. n. 50/16 se non altro per il nuovo ruolo e la nuova funzione che essi assumono nell’economia del d. lgs. n. 36/23, come desumibile dalla loro peculiare collocazione sistematica, dalla stessa relazione illustrativa al d. lgs. n. 36/23 (pagg. 10 e ss.) e dalla novità costituita dalla configurazione, quali categorie autonome, dei criteri del risultato e della fiducia.

Quanto fin qui evidenziato induce il Collegio a ritenere che, a seguito dell’entrata in vigore del d. lgs. n. 36/23, le linee guida impugnate nel presente giudizio abbiano perso efficacia.

Per questi motivi il ricorso principale è divenuto improcedibile per sopravvenuta carenza d’interesse. Con atto notificato il 13/12/19 e depositato il 18/12/19 i ricorrenti hanno impugnato con motivi aggiunti il Comunicato del Presidente dell’Autorità Nazionale Anticorruzione del 16/10/19, depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 25/10/19, recante *“Indicazioni relative all’obbligo di acquisizione del CIG e di pagamento del contributo in favore dell’Autorità per le fattispecie escluse dall’ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici”*, nella parte in cui sono stati ridefiniti gli obblighi di acquisizione del CIG e di pagamento del contributo in favore dell’Autorità, oltre alla trasmissione di dati all’Osservatorio dei contratti pubblici, in relazione ai servizi legali esclusi ai sensi dell’art. 17 comma 1 lettera d) d. lgs. n. 50/16.

In relazione al predetto ricorso per motivi aggiunti deve essere dichiarata la cessazione della materia del contendere in quanto il Comunicato del 16/10/19 è stato annullato dal TAR Lazio - Roma con le sentenze nn. 2606, 2607, 2611 del 07/03/2022 e n. 2986 del 16/03/2022 per vizio di incompetenza come evidenziato dall’Anac nella relazione istruttoria del 25/09/23.

Con atto notificato il 26/02/24 e depositato il 05/03/24 i ricorrenti hanno, poi, impugnato con ulteriori motivi aggiunti la Delibera dell’Autorità Nazionale Anticorruzione n. 584 del 19/12/23, depositata presso la Segreteria del Consiglio in data 28/12/23, recante *“Indicazioni relative all’obbligo di acquisizione del CIG e di pagamento del contributo in favore dell’Autorità per le fattispecie escluse*

dall'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici”, nella parte in cui prevede l'acquisizione del CIG e il pagamento del contributo in favore dell'Autorità in relazione “*ai servizi legali esclusi dall'ambito di applicazione del codice*” ai sensi dell'art. 56 comma 1 lettera h) d. lgs. n. 36/23.

Il ricorso per motivi aggiunti depositato il 05/03/24 è infondato.

Con una serie di censure, tra loro connesse, i ricorrenti prospettano:

- i vizi d'incompetenza e violazione dell'art. 1 comma 2 lettera b) l. n. 247/12 evidenziando, in particolare, l'illegittimità della gravata delibera nella parte in cui estende l'obbligo di acquisizione del Cig e del pagamento del contributo a veri e propri contratti d'opera quali sarebbero i servizi legali disciplinati dall'art. 56 d. lgs. n. 36/23 (prima doglianza);
- che tale impostazione non sarebbe conforme a quanto previsto dagli artt. 1, 2, 3, 13 e 56 d. lgs. n. 36/23 i quali, in attuazione degli articoli 10 della direttiva 2014/24/UE e 21 della direttiva 2014/25/UE, escluderebbero i servizi legali dall'ambito di applicazione del codice degli appalti in ragione dell'*intuitus personae* che caratterizzerebbe il relativo affidamento. Ove diversamente interpretati, gli artt. 56 e 222 d. lgs. n. 36/23 sarebbero costituzionalmente illegittimi per violazione della legge delega “*perché una tale interpretazione impone livelli di regolazione superiori a quelli previsti nelle direttive europee ed introduce oneri procedurali esclusivamente riferiti agli avvocati italiani* (pag. 14 del ricorso per motivi aggiunti). Inoltre, la delibera impugnata non recherebbe alcuna motivazione in ordine alle ragioni dell'assoggettabilità dei contratti esclusi agli obblighi ivi previsti (seconda censura);
- la violazione degli artt. 23 Cost. e 1 l. n. 266/05 ed eccesso di potere sotto vari profili perché l'Anac, in assenza di una legge (da ciò anche la violazione dell'art. 23 Cost.) avrebbe imposto un nuovo onere contributivo ad una fattispecie del tutto estranea all'applicazione del codice e senza, peraltro, l'esistenza o la spiegazione di alcuna ragione idonea a giustificare l'introduzione del contributo (terza doglianza).

I motivi sono infondati.

Secondo l'art. 222 comma 3 lettera a) d. lgs. n. 36/23, “*nell'ambito dei poteri ad essa attribuiti, l'ANAC: a) vigila sui contratti pubblici, anche di interesse regionale, di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari e nei settori speciali e sui contratti secretati o che esigono particolari misure di sicurezza, nonché sui contratti esclusi dall'ambito di applicazione del codice*”.

Il legislatore, pertanto, espressamente assoggetta alla vigilanza dell'Anac anche i servizi legali consistenti nell'affidamento di singoli incarichi defensionali, in quanto rientranti nei contratti esclusi e ciò a prescindere dalla loro qualificazione in termini di appalto o contratto d'opera.

Ne consegue l'infondatezza della prima censura laddove contesta l'inesistenza dei poteri regolatori dell'Anac in riferimento ai contratti esclusi.

Contrariamente a quanto dedotto nel secondo motivo, poi, la delibera n. 584/23 espressamente motiva in ordine alle ragioni per cui ha imposto l'obbligo di pagamento del contributo, ivi individuate nel richiamo all'art. 1 comma 67 l. n. 266/05, la cui vigenza è stata confermata dall'art. 222 comma 12 d. lgs. n. 36/23, secondo cui *“l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, cui è riconosciuta autonomia organizzativa e finanziaria, ai fini della copertura dei costi relativi al proprio funzionamento di cui al comma 65 determina annualmente l'ammontare delle contribuzioni ad essa dovute dai soggetti, pubblici e privati, sottoposti alla sua vigilanza”*.

La scelta del d. lgs. n. 36/23 di assoggettare a vigilanza anche i contratti esclusi comporta, pertanto, la logica conseguenza di imporre ai soggetti vigilati il pagamento di questo onere a cui è strumentale il conseguimento del Cig.

In altri termini, il pagamento del contributo all'Autorità e la necessità di acquisire il Cig conseguono, ex art. 1 comma 67 l. n. 266/05, al fatto che anche i contratti esclusi, per espressa disposizione dell'art. 222 comma 3 d. lgs. n. 36/23, sono assoggettati alla vigilanza dell'Autorità.

Va, per altro, rilevato che la scelta di assoggettare a vigilanza anche i contratti esclusi risulta coerente con l'obbligatoria applicazione, alle procedure di affidamento degli stessi, dei principi generali di cui agli artt. 1, 2 e 3 d. lgs. n. 36/23.

Una tale opzione disciplinatoria, poi, non si pone in contrasto con il divieto del c.d. *“gold plating”* in quanto la richiesta del Cig, anche per le modalità concrete individuate dall'Anac, ed il pagamento del contributo non influiscono, in alcun modo, sulle procedure di affidamento di tali contratti e, pertanto, non integrano un aggravamento della disciplina comunitaria che, sul punto, si limita ad espungere dal suo ambito applicativo i contratti esclusi ma non preclude di vigilare sugli stessi.

Ne consegue anche la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale articolata con la seconda censura.

Infondato, altresì, è il terzo motivo in quanto il fondamento dell'obbligo contributivo è espressamente individuabile nel già richiamato art. 1 comma 67 l. n. 266/05 in ragione dell'assoggettamento a vigilanza dei contratti esclusi il che comporta l'inconfigurabilità della violazione del principio di riserva di legge di cui all'art. 23 Cost., prospettato nella doglianza.

Per questi motivi il Tribunale dichiara, in parte, la cessazione della materia del contendere e, per il resto, l'improcedibilità e l'infondatezza del ricorso come da avviso reso nel corso dell'udienza di riduzione dell'arretrato del 12/04/24.

La novità della normativa applicabile alla fattispecie giustifica la compensazione delle spese processuali sostenute dalle parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Stralcio), definendo il giudizio, così provvede:

- 1) dichiara, in parte, la cessazione della materia del contendere, e, per il resto, l'improcedibilità e l'infondatezza del ricorso secondo quanto evidenziato in motivazione;
- 2) dispone la compensazione delle spese processuali sostenute dalle parti.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 aprile 2024 con l'intervento dei magistrati:

Antonella Mangia, Presidente

Michelangelo Francavilla, Consigliere, Estensore

Valerio Torano, Primo Referendario