

Il diritto europeo degli appalti e i contratti esclusi: il caso dei servizi legali affidati all'esterno dalle PPAA

di *Laura Uccello Barretta*

Title: The European Law of Public Procurement and the Excluded Contracts: the Case of the Legal Services given by Public Administrations

Keywords: Public Procurement, Exclusions, Legal Services.

1. – Con la sentenza 6 giugno 2019, emessa all'esito del giudizio C-264/18, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (da ora in avanti, CGUE) si è pronunciata in merito ad una questione pregiudiziale posta dalla Corte costituzionale belga, in relazione alla validità dell'art. 10 lett. c) e d) nn. i), ii), v) della direttiva 2014/24/UE in tema di aggiudicazione degli appalti nei settori ordinari: si tratta della disposizione che elenca alcuni servizi legali, di arbitrato e di conciliazione, determinandone l'esclusione dall'ambito di applicazione della direttiva medesima.

In particolare, la Corte costituzionale belga era stata investita da un ricorso di annullamento delle norme del codice degli appalti belga che hanno trasposto le previsioni della direttiva appena richiamate; la legge belga sugli appalti pubblici (*Moniteur belge* del 14 luglio 2016) dispone infatti che, in relazione ai servizi di arbitrato e conciliazione, alle ipotesi di rappresentanza legale da parte di un avvocato in un arbitrato/conciliazione o in un procedimento giudiziario, e ai servizi legali connessi, anche occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri, il Re possa stabilire le norme di aggiudicazione, trattandosi di contratti che non sono oggetto di applicazione del codice appalti.

Il motivo di contestazione risiede nella circostanza che tale regolamentazione – ad opinione dei ricorrenti – determinerebbe una differenza di trattamento ingiustificata tra i servizi legali esclusi e le altre tipologie di servizi, queste ricadenti nell'ambito di applicazione della direttiva appalti.

Il Giudice del rinvio ha ritenuto di dover investire la CGUE in merito alla compatibilità tra detta esclusione e, nell'ordine, il principio di sussidiarietà, i principi di cui agli artt. 49 e 56 TFUE e, da ultimo, il principio, appunto, della parità di trattamento.

La *quaestio juris* sottoposta al sindacato dell'autorità giurisdizionale europea è, dunque, se tale esclusione non sia suscettibile di pregiudicare la realizzazione degli obiettivi di piena concorrenza, di libera prestazione dei servizi e di libertà di stabilimento.

Si anticipa sin da ora che la sentenza in commento ha concluso nel senso della piena validità della normativa europea, snodandosi attraverso argomentazioni specifiche per ciascun profilo contestato.

2. – Occorre notare da subito, quale elemento di criticità, come la Corte abbia concentrato la propria attenzione principalmente sul tema del possibile contrasto tra l'esclusione dei servizi legali dalla disciplina dettata dalla direttiva appalti e il principio di parità di trattamento.

Con riferimento al dubbio di compatibilità tra quest'ultima e il principio di sussidiarietà, invece, così come in relazione al rapporto tra l'esclusione e gli articoli 49 e 56 TFUE, la Corte europea non ha svolto un'indagine approfondita, limitandosi ad affermazioni tautologiche e piuttosto sintetiche, attraverso il mero richiamo a propri precedenti.

Con riguardo al principio di sussidiarietà il Giudice, dopo averne enunciato la definizione, si è limitato ad affermare che la circostanza che il legislatore europeo si sia determinato nel senso dell'esclusione costituisca già espressione del fatto che la scelta di includere o meno tali servizi nel campo di applicazione della normativa sugli appalti dovesse essere lasciata ai legislatori nazionali.

È evidente che una simile argomentazione si risolve in una mera tautologia.

Non vi è alcuna analisi critica e ragionata delle motivazioni che hanno condotto l'Unione europea a ritenere che, in materia di servizi legali, non fosse necessaria un'armonizzazione europea e che, dunque, le libertà espresse dal Trattato fossero comunque assicurate in tale settore.

Tale *modus* di argomentare appare anche in controtendenza rispetto all'orientamento giurisprudenziale più recente: infatti, come è stato rilevato in dottrina, sembrerebbe potersi riscontrare un'evoluzione nelle argomentazioni della CGUE in merito al principio di sussidiarietà negli ultimi anni, ove, ad un'assenza tendenziale di effettivo controllo della Corte sulla reale "sufficienza" dell'azione degli Stati membri in un determinato settore, si sarebbe sostituito – a partire dai primi anni 2000 – un sindacato pieno ed effettivo (si veda, in questi termini, BOCCHINI F., *La sussidiarietà tra asimmetrie giudiziali e asimmetria sostanziali della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Nomos*, n. 1/2018). Caratteristica, questa, che non si ritrova nel caso di specie.

Con riguardo alle libertà di prestazione dei servizi e di stabilimento, poi, la CGUE addirittura, dopo aver richiamato – stavolta – le finalità dei due principi, da ravvisare nell'eliminazione degli ostacoli all'offerta di beni e servizi alle amministrazioni aggiudicatrici dei diversi Paesi membri, si è limitata ad affermare che non possa dirsi che l'esclusione in parola determini una violazione delle libertà garantite dai Trattati, senza alcuna riflessione ulteriore.

In relazione a questi due punti, quindi, la pronunzia in commento appare quantomeno criticabile, poiché trascura di indagare in modo sostanziale l'impatto della scelta legislativa sull'obiettivo di pieno rispetto del principio di sussidiarietà e di piena realizzazione delle libertà fondamentali.

3. – È invece sul principio di parità di trattamento che la CGUE si sofferma in modo più analitico al fine di verificare la correttezza dell'esclusione dei servizi in parola dal campo di applicazione della direttiva appalti, contribuendo a chiarire ed esplicitare la *ratio* di tale esclusione.

La Corte ha in prima battuta chiarito quale significato debba essere attribuito al principio della parità di trattamento, ossia il dovere di trattare situazioni analoghe in maniera analoga e situazioni differenti in modo differente, a meno che non vi sia un'obiettivo giustificazione che richieda di discostarsi da questa regola.

Ha proseguito poi precisando che tale valutazione non può prescindere dalla valorizzazione degli elementi di analogia e diversità che le situazioni concrete assoggettate al giudizio comparativo presentano, oltre che alla luce dell'oggetto e dello scopo dell'atto che determina il (diverso o analogo) trattamento nonché i principi e gli obiettivi del settore in questione.

Con riferimento al caso di specie, la legittimità dell'esclusione dei servizi legali dalla disciplina europea in materia di appalti viene sancita attraverso una valorizzazione delle peculiarità che connotano tale tipologia di servizi.

Per ciascuna delle tre sotto-tipologie – servizi di arbitrato e conciliazione, incarichi difensivi in favore di avvocati e servizi di consulenza agli amministratori pubblici – il Giudice ha posto in evidenza tali aspetti di specialità.

Con riferimento ad arbitri e conciliatori, è stato condivisibilmente chiarito come gli arbitri e i conciliatori debbano essere sempre accettati da tutte le parti in controversia, per cui non vi sarebbe la possibilità per la stazione appaltante di imporre alla propria controparte l'aggiudicatario del servizio.

Riguardo agli avvocati, il Giudice europeo ha ritenuto di valorizzare la natura del rapporto tra avvocato e cliente, fondato sull'*intuitu personae*; in questo modo, ha voluto preservare il diritto di difesa dei singoli nonché la possibilità di scegliere un difensore in piena libertà. Obiettivi, questi, che potrebbero essere compromessi dall'obbligo di predeterminare le condizioni di attribuzione dell'incarico.

Infine – ha concluso la CGUE – i servizi legali legati alle attività che partecipano, anche occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri presentano, quale elemento di peculiarità, la strumentalità rispetto agli interessi generali dello Stato o delle altre collettività pubbliche.

Sulla base di tali elementi di specificità, è giustificata la loro esclusione dalla direttiva appalti.

Ciò che appare particolarmente apprezzabile di tale analisi è l'aver evidenziato quale sia la vera *ratio* posta alla base dell'esclusione: aver chiaro tale aspetto, infatti, consente non solo di attribuire il corretto significato alla normativa europea e verificarne la legittimità ma anche di valutare la coerenza rispetto a tale *ratio* delle varie discipline nazionali così come di utilizzare tale elemento quale ausilio per fornire di queste ultime la corretta esegesi.

2273

4. – Occorre tuttavia rimarcare che, se da un lato l'esplicitazione della *ratio* a fondamento della scelta legislativa consente di meglio comprendere le ragioni di quest'ultima e può fungere da canone interpretativo della disciplina UE e delle regolamentazioni nazionali, dall'altro, come già detto, l'analisi superficiale circa la reale idoneità della legislazione nazionale ad assicurare comunque il rispetto dei principi europei e delle libertà fondamentali non consente alcuna valutazione di ordine sostanziale in relazione all'assenza di una disciplina europea unitaria per questo tipo di servizi.

Sotto tale profilo, si ritiene che lo scarso grado di approfondimento delle argomentazioni pretorie in relazione all'adeguatezza dell'assenza di una disciplina europea in materia possa costituire per le istituzioni europee deputate all'attività legislativa un "allarme" che induca loro a valutare, questa volta in modo puntuale e sostanziale, la reale condivisibilità della scelta operata in precedenza.

In altri termini, una scarsa argomentazione in punto di diritto da parte della Corte di Giustizia potrebbe essere il sintomo dell'inesistenza di una solida motivazione posta a fondamento dell'esclusione; circostanza, questa, che merita di essere indagata.

Da un altro angolo prospettico, poi, al netto delle perplessità sopra espresse in relazione all'esclusione, pare opportuno svolgere alcune riflessioni in merito al regime

giuridico previsto, appunto, per i contratti esclusi, con particolare attenzione alla sua applicazione al campo dei servizi legali.

E' noto che, a partire dalla sentenza *Telaustria* (CGCE, sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98, per un commento si vedano TROIZIER A., *Droit communautaire des concessions: Un pas décisif vers la mise en concurrence européenne. Petites affiches*, in *La Loi/Le Quotidien juridique*, 2001, n. 85, pp. 13-17; DISCHENDORFER M., *Service Concessions Under the E.C. Procurement Directives: A Note on the Telaustria Case*, in *Public Procurement Law Review*, 2001, pp. NA57-NA63; FERRONI M.V., *Le concessioni di pubblico servizio tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Il Corriere Giuridico*, 2001, pp. 494-505), è stato fissato il principio per cui anche i contratti esclusi dal campo di applicazione della normativa europea in materia di appalti debbano comunque rispettare “i principi fondamentali del Trattato, in generale, e il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, in particolare”.

Sulla scia di tale filone giurisprudenziale, ancora oggi attuale, è stata adottata la “Comunicazione interpretativa della Commissione relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive appalti pubblici” (G.U.U.E. 1 agosto 2006, n. C 179), la quale impone il rispetto dei principi della libera circolazione delle merci, del diritto di stabilimento, della libera prestazione dei servizi, della non discriminazione e uguaglianza di trattamento, della trasparenza, della proporzionalità e del riconoscimento reciproco.

Questi principi costituiscono – afferma la Comunicazione – norme fondamentali per l'aggiudicazione degli appalti pubblici, i quali comportano essenzialmente un obbligo di trasparenza al fine di “garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti dei servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione” (sul tema dei principi da applicare agli appalti esclusi, pur con riferimento al vecchio Codice appalti FERRARI G., *Principi relativi ai contratti esclusi*, in GAROFOLI A. – FERRARI G., *Codice degli appalti pubblici e nuova direttiva ricorsi*, Roma, 2009, pp. 242 e ss.; più recente, MEALE A., *I contratti esclusi dall'ambito di applicazione del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e app.*, n. 8-9/2016, pp. 919 e ss.).

Nell'intento di tradurre in concreto tale affermazione, la Commissione ha specificato come il rispetto di tale principi presupponga la pubblicazione di un “avviso pubblicitario sufficientemente accessibile prima dell'aggiudicazione dell'appalto”, non ritenendo sufficiente nemmeno la presa di contatti selettiva con un determinato numero di operatori nel mercato. L'avviso pubblicitario può – secondo la Commissione – limitarsi ad una “succinta descrizione degli elementi essenziali dell'appalto da aggiudicare e della procedura di aggiudicazione, accompagnata da un invito a prendere contatto con l'amministrazione aggiudicatrice”. Tutto ciò, a meno di situazioni di estrema urgenza o di appalti che, per ragioni tecniche o artistiche, possano essere affidati ad un solo operatore. Quanto all'aggiudicazione, essa deve avvenire in conformità alle regole procedurali fissate all'inizio della procedura e secondo i principi di non discriminazione e uguaglianza di trattamento.

In altre parole, ai contratti esclusi totalmente o parzialmente dal campo di applicazione delle direttive appalti è stata comunque imposta dalla Commissione europea una procedimentalizzazione dell'affidamento. Essa presenta certamente un grado di rigore e di dettaglio inferiori alle procedure armonizzate ma comunque indubbiamente non consente una scelta totalmente libera.

Sotto questo profilo, la Corte di Giustizia sembra porsi in – almeno parziale – contrasto con la Commissione europea.

Sembrano infatti stridere l'obbligo di trasparenza e le regole contenute nella richiamata Comunicazione rispetto al connotato dell'*intuitu personae* o a quello della necessaria convergenza della volontà delle parti circa la scelta di un arbitro/conciliatore; caratteristiche che sembrerebbero implicare una riserva di libera

scelta, senza alcun condizionamento procedurale in capo all'amministrazione aggiudicatrice. O che, comunque, sembrerebbero rendere inutile detta procedimentalizzazione ove poi la scelta del professionista avvenga non sulla base di criteri o parametri impiegati per porre a confronto le offerte ma sulla base di una mera preferenza fiduciaria (individuale, nel caso di affidamento di un incarico di patrocinio legale; concordata, nel caso della scelta di un arbitro o conciliatore).

Il Giudice europeo, con specifico riferimento agli incarichi di patrocinio legale, afferma proprio che *“la riservatezza del rapporto tra avvocato e cliente, il cui oggetto consiste, [...], tanto nel salvaguardare il pieno esercizio dei diritti della difesa dei singoli quanto nel tutelare il requisito secondo il quale ogni singolo deve avere la possibilità di rivolgersi con piena libertà al proprio avvocato [...], potrebbe essere minacciata dall'obbligo, incombente sull'amministrazione aggiudicatrice, di precisare le condizioni di attribuzione di un siffatto appalto nonché la pubblicità che deve essere data a tali condizioni”*. E' proprio per questo – prosegue la Corte europea – che l'esclusione dei servizi legali dal campo di applicazione della direttiva appalti è pienamente valida.

Viene in evidenza, tuttavia, che la richiamata Comunicazione della Commissione europea non fa altro che imporre, per i contratti esclusi, una pur contenuta procedimentalizzazione che sembra contrastare con le affermazioni pretorie qui in commento.

Tale aporia non sembra poter essere risolta in via interpretativa.

In conclusione, si tratta di una criticità che ben potrebbe costituire uno spunto di riflessione per il legislatore europeo affinché ripensi il regime giuridico dei servizi legali, scegliendo se valorizzare ancor più l'aspetto fiduciario oppure la natura di servizio e la sua attrazione nell'orbita della procedimentalizzazione tipica degli appalti.