

## SERVIZI LEGALI

# L'affidamento degli incarichi legali da parte delle pubbliche amministrazioni: equo compenso e vincoli procedurali alla prova del tempo

**SOMMARIO:** 1. Premessa. 2. Il punto di osservazione. 3. Il compenso equo: discontinuità e continuità. 4. Il puzzle delle procedure di affidamento. 5. Riflessioni conclusive.

DI GIUSEPPE MELI

**ABSTRACT:** Il saggio affronta il tema delle regole e dei criteri per il conferimento degli incarichi legali da parte delle pubbliche amministrazioni, con particolare riguardo alle questioni controverse che investono, da un lato, il rapporto tra il principio di economicità e la disciplina sul c.d. equo compenso; e, dall'altro, le modalità di affidamento, specie in relazione ai dubbi interpretativi sull'obbligo di espletamento di una procedura comparativa per i servizi legali esclusi dall'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici. L'Autore, muovendo dalla multiformità delle interpretazioni sul tema, analizza gli orientamenti più recenti della giurisprudenza amministrativa, della magistratura contabile e dell'ANAC, gettando uno sguardo ai prossimi interventi legislativi in materia di equo compenso e appalti pubblici. Ciò, sviluppando una riflessione sulla possibilità di trarre delle conclusioni di sintesi, che possano valere per limitare le incertezze applicative, indicando una soluzione di bilanciamento che tenga conto della natura delle prestazioni intellettuali e dei profili inerenti la dimensione sociale della tutela del lavoro autonomo.

**ABSTRACT:** *The author analyses rules and criteria for legal assignment by public administrations, focusing in particular on the enforcement of the fair fee legislation and on the limits on the full application of the EU directive to public procurement for legal services. The paper starts from recent Italian judgments, the guide lines spread by the Italian Anticorruption Authority (ANAC) and upcoming Italian legislation, trying to make a summary of the applicable principles to accordance with the social aspects, also considering the upgrade of the social rights in the EU framework.*

## 1. Premessa.

Per lungo tempo, la materia del conferimento degli incarichi legali è assurta a epifenomeno di una strategia “punitiva” – del legislatore, della giurisprudenza e delle autorità di regolazione – finalizzata a limitare la discrezionalità e la spesa delle pubbliche amministrazioni, attraverso una congerie di vincoli e un approccio integralista al tema delle modalità di affidamento dei contratti, entrambi basati su un pregiudizio diffuso nei confronti della capacità degli organi di vertice politico-amministrativo di garantire il buono andamento e l'imparzialità al di fuori di un sistema rigidamente procedimentalizzato.

Per tale via, (anche) in questo ambito, si è dapprima assistito a una duplice tendenza

a ridimensionare, da un lato, i margini di fiduciarità degli affidamenti; e, dall'altro, anche per l'effetto della contrazione dei trasferimenti erariali e dell'irrigidimento dei obblighi di contabilità, a una *race to the bottom* del costo dei servizi legali, favorita dall'abolizione dei vincoli tariffari e dal *totem* del criterio del prezzo più basso.

Tale "radicalizzazione" ha, però, determinato - tra gli altri - sia, in generale, una cattiva pratica di c.d. *gold plating*, in grado di pregiudicare gli obiettivi di efficienza dell'azione amministrativa; sia, per ciò che riguarda specificamente il settore delle prestazioni intellettuali, una generalizzata trasfigurazione del lavoro autonomo in attività d'impresa, senza tener conto adeguatamente delle categorie giuridiche, dei principi costituzionali (in particolare, art. 35 Cost.) e della dimensione sociale.

Più recentemente, però, il progressivo superamento del paradigma neoliberale in favore di un modello *neowelfarista* in ambito eurounitario<sup>(1)</sup>, viepiù sollecitato dalle contingenze ingenerate dall'emergenza pandemica, ha alimentato un embrionale "rigurgito" del modello economicista, che ha trovato concretamente riconoscimento - soltanto per citare alcuni esempi - nei correttivi apportati in materia di appalti pubblici dalla direttiva 2014/24/UE, nella timida evoluzione della giurisprudenza europea<sup>(2)</sup> e, successivamente, nelle ulteriori semplificazioni rese necessarie dagli stringenti obiettivi fissati dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR).

Il tutto in un contesto in cui, in correlazione con i processi in atto di depauperamento delle classi medie nelle democrazie occidentali<sup>(3)</sup>, si è al contempo insinuata un'istanza di protezione del lavoro autonomo - di cui la legislazione sul c.d. equo compenso può reputarsi espressione - che finisce per intercettare il rinnovato dibattito giuslavorista sulla tutela del lavoro *sans phrase*, secondo le teorie del compianto Massimo D'Antona<sup>(4)</sup>.

In tale quadro, si è ingenerata una diffusa incertezza applicativa sul tema delle regole per il conferimento degli incarichi legali, alimentata dal pluralismo delle fonti e dal polimorfismo delle interpretazioni; per cui, seguendo le traiettorie del diritto vivente, può essere utile verificare la possibilità di tratteggiare una *summa* relativamente ai profili maggiormente controversi.

## 2. Il punto di osservazione.

Il nodo interpretativo riguarda, per un verso, la soluzione di bilanciamento tra le esigenze di contenimento della spesa pubblica e i principi declinati dall'art.19-*quaterde-*

1 In breve, si fa riferimento al percorso di progressivo "assettamento" dell'equilibrio tra le libertà economiche e diritti sociali nell'ordinamento eurounitario, imputabile a un *mix* di trasformazioni istituzionali, normative e socio-culturali. In tal senso, come già segnalato in un precedente scritto (G. MELI, *Clausole sociali. "Fair-outsourcing" delle pubbliche amministrazioni e paradigma della proporzionalità (Parte I)*, in DLM, 3/2014, 719 ss.), le letture minimaliste della dimensione sociale dell'integrazione europea hanno trascurato che, viepiù dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, "all the ingredients are present in the current legal framework to improve the functioning and the broader picture of European labour law as a part of resocialisation of Europe. In particular, change can be brought by using a fundamental rights approach in a proactive and promotional way" (F. HENDRICKX, *Completing economic and social integration: towards labour law for the United States of Europe*, in N. CONTOURIS, M. FREDLAND, *Resocialising Europe in a time of crisis*, Cambridge University Press, 2013, 69).

2 In tal senso possono citarsi CGUE 18 settembre 2014, C-549/13 (*Bundesdruckerei GmbH c. Stadt Dortmund*) e CGUE 17 novembre 2015, C-115/14 (*RegioPost GmbH & Co. KG c. Stadt Landau in der Pfalz*).

3 Già epoca pre-pandemica, I. TROVATO, nell'articolo *Avvocati e architetti alla guerra dei minimi*, in *Corriere della sera*, 12 maggio 2017, 41, fornisce una raccolta di dati dell'Adapp (associazione degli enti di previdenza professionali), in cui si dava conto del fatto che nell'area delle professioni giuridiche, in soli sei anni (dal 2009 al 2015) la flessione dei redditi era stata del 23,82%, mentre per gli ingegneri e gli architetti del 20,05%.

4 M. D'ANTONA, *Ridefinizione della fattispecie di contratto di lavoro. Seconda proposta di legge*, in *La disciplina del mercato del lavoro. Proposte per un testo unico*, G. GHEZZI (a cura di), Ediesse, Roma, 1996, 187 ss. M. D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro* (1995), ora in ID., *Opere*, a cura di B. CARUSO e S. SCIARRA, I, Milano, 2000, 218-219. Sul pensiero di Massimo D'Antona, di recente, v. B. CARUSO, *Massimo D'Antona e l'idea di soggetto nel diritto del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 464/2023. Nello stesso senso v. anche A. PERULLI, *Locatio operis e lavoro sans phrase nella prospettiva di un nuovo statuto giuridico dei lavori*, in QDLRI, 1998, n. 21, 73 ss.

cies del decreto legge 16 ottobre 2017, n. 148, che – com'è noto – ha introdotto nella disciplina dell'ordinamento forense, di cui alla legge 31 dicembre 2012, n. 247, l'art. 13-*bis*, recante “Equo compenso e clausole vessatorie”, oltre a specifiche disposizioni applicabili alle pubbliche amministrazioni (commi 2-4); e, più precisamente, il grado di imperatività nei rapporti con le pp.aa. dei presidi posti a tutela della categoria (tra cui, in particolare, la configurazione di clausole tipicamente vessatorie sanzionate con la nullità parziale, ivi comprese quelle sul compenso ove inferiore ai parametri ministeriali<sup>(5)</sup>).

Per altro verso, le difficoltà operative hanno investito le modalità di affidamento e i vincoli procedurali in relazione ai dubbi sulla natura degli incarichi legali, stretti su un crinale labile tra *locatio operis* e appalto di servizi; con le conseguenti implicazioni in ordine alla normativa applicabile e al livello di procedimentalizzazione dell'azione amministrativa.

Si è trattato di un terreno fertile per il conflitto tra valori fondamentali contrapposti (*in primis* tra diritti sociali e libertà economiche), che, a fronte di un quadro normativo “a maglie larghe”, è stato composto - per la verità, in modo multiforme - dalle esegesi della magistratura (amministrativa e contabile) e dell'ANAC.

Al fine di analizzare lo stato dell'arte può, quindi, assumersi quale iniziale punto di osservazione una delle più recenti decisioni del Consiglio di Stato sul tema (*i.e.*, Consiglio di Stato, sez. V, 28 febbraio 2023, n. 2084<sup>(6)</sup>), nella misura in cui essa appare emblematica delle tendenze dell'ordinamento, recentemente suggellate dalla dottrina del nuovo codice dei contratti pubblici<sup>(7)</sup>.

In estrema sintesi, nella fattispecie, dal comma 3 dell'art. 19-*quaterdecies*, d.l. n. 148/2017<sup>(8)</sup>, nonché da una lettura sistematica dei principi fondamentali dell'attività

5 Si fa ovviamente riferimento al decreto emanato, ai sensi dell'art. 13, c. 6, l. n. 247/2012, dal Ministro della giustizia, su proposta del Consiglio nazionale forense, per la determinazione dei compensi quando all'atto dell'incarico o successivamente il compenso non sia stato determinato in forma scritta, in ogni caso di mancata determinazione consensuale, in caso di liquidazione giudiziale dei compensi e nei casi in cui la prestazione professionale è resa nell'interesse di terzi o per prestazioni officiose previste dalla legge. In attuazione dell'art. 13, c. 6, l. 247/2012 è stato, quindi, emanato il decreto ministeriale 10 marzo 2014, n. 55.

6 Si tratta di un caso di affidamento di un incarico di patrocinio legale da parte di un Comune, dopo l'acquisizione di tre preventivi e l'aggiudicazione - secondo un criterio indicato soltanto *ex post* - al prezzo più basso. Il contenzioso era insorto a seguito dell'impugnazione del provvedimento di conferimento da parte di uno degli avvocati invitati, il quale, con un unico motivo di ricorso, aveva lamentato - in estrema sintesi - che: a) la determinazione in oggetto, essendo basata soltanto sul criterio della maggiore convenienza economica, aveva violato il principio dell'equo compenso per come declinato dall'art. 19-*quaterdecies*, comma 3, del decreto legge 16 ottobre 2017, n. 148, avendo selezionato un'offerta economica inferiore ai valori previsti dal decreto ministeriale 10 marzo 2014, n. 55, che, per espresso rinvio normativo, avrebbe dovuto costituire il parametro per il giudizio di equità; b) il Comune avrebbe riconosciuto soltanto *a posteriori* di aver dato corso a una procedura comparativa, sulla scorta di un criterio (*i.e.*, quello del prezzo più basso) neppure preventivamente predeterminato, né comunicato ai “concorrenti”, in violazione dei principi di trasparenza, pubblicità e imparzialità.

In disparte i profili processuali, il TAR Brescia aveva rigettato il ricorso perché - in buona sostanza - “[...] nel caso in cui il professionista non sia costretto ad accettare supinamente il compenso predeterminato unilateralmente dall'amministrazione, ma contratti liberamente il proprio compenso su un piano paritetico con la committente, viene meno quella speciale esigenza di protezione del professionista, quale parte debole del rapporto contrattuale, su cui si fonda la ratio dell'istituto dell'equo compenso”; fermo restando che nei confronti della pubblica amministrazione il concetto di equo compenso, di cui all'art. 13-*bis* della legge 31 dicembre 2012, n. 247, troverebbe applicazione ma non entro i rigidi parametri fissati dal d.m. 55/2014, specie per le peculiari esigenze di contenimento della spesa pubblica. Per il resto, secondo il giudice di *prime cure*, l'amministrazione non aveva bandito una procedura concorsuale, essendosi limitata a condurre una indagine di mercato finalizzata a un affidamento diretto, sicché non era tenuta a esternare preventivamente il criterio in base al quale avrebbe operato la scelta tra i professionisti interpellati. A seguito di ricorso in appello da parte dell'avvocato soccombente la causa è giunta innanzi al Consiglio di Stato che, in riforma della sentenza di primo grado, ha accertato l'illegittimità del provvedimento impugnato.

7 Si tratta del testo del decreto legislativo 31.03.2023, n. 36, approvato dal Consiglio dei ministri in data 28.03.2023, in attuazione della delega conferita con l'art. 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78; ed entrato in vigore con decorrenza dal 1° aprile 2023, con efficacia a far data dal 1° luglio 2023.

8 A mente del quale “La pubblica amministrazione, in attuazione dei principi di trasparenza, buon andamento ed efficacia delle proprie attività, garantisce il principio dell'equo compenso in relazione alle prestazioni rese dai professionisti in esecuzione di incarichi conferiti dopo la data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto”.

amministrativa, il Consiglio di Stato fa discendere l'enunciato secondo cui “[...] *ferma restando la possibilità che per la prestazione difensiva la pubblica amministrazione non preveda la corresponsione di alcun compenso - e che, per contro, laddove, come nella specie, lo stesso sia previsto, debba rispettare il criterio dell'equo compenso, quale normativamente determinato - la scelta del professionista cui affidare l'incarico non può che essere fondata su criteri predeterminati e resi noti agli offerenti*”. Pertanto, il provvedimento impugnato è stato considerato illegittimo perché (i) “*la scelta del professionista non è stata ancorata alla predeterminazione di alcun criterio, né preceduta da alcuna procedimentalizzazione*”; (ii) “[...] *in secondo luogo in quanto, pur essendo stata prevista la corresponsione di un compenso, la scelta del professionista è avvenuta avuto riguardo al criterio del prezzo più basso, senza previo accertamento del rispetto dell'equo compenso, atto a tutelare non sola la categoria forense da fenomeni anticoncorrenziali, ma anche ad assicurare la qualità della prestazione [...]*”.

### 3. Il compenso equo: continuità e discontinuità.

A fronte delle conclusioni raggiunte e dei principi enunciati dal Consiglio di Stato è, quindi, utile analizzarne le precomprensioni sottese e le implicazioni sistematiche, anche al fine di valutare i profili di continuità/discontinuità nonché il potenziale impatto regolatorio sia dal punto di vista dell'applicazione della regola dell'equo compenso, che da quello delle procedure di affidamento.

Sotto il primo profilo, l'arresto restituisce l'impressione di “prendere sul serio” la dimensione sociale degli artt. 13-bis, l. n. 147/2012 e 19-*quaterdecies*, d.l. n. 148/2017 e della copertura costituzionale dell'intervento protettivo, che trova fondamento nella tutela della dignità del lavoro “*in tutte le sue forme ed applicazioni*” (art. 35, comma 1, Cost.) e nell'art. 15 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea<sup>9</sup>). D'altro canto, non casualmente, il legislatore, nel definire la nozione di equità, ha mutuato dall'art. 36 della Costituzione - relativo al lavoro salariato - la stessa formula, definendo tale il compenso quando “*risulta proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto*” (art. 13-bis, comma 2, l. n. 147/2012).

Come già anticipato, per tale via la pronuncia giunge a intercettare il dibattito sulla trasformazione del lavoro nell'era della globalizzazione e nella società post-industriale, che ha consentito di rispolverare l'immaginario di uno statuto protettivo minimo del lavoro *sans phrase*<sup>10</sup> e la prospettiva di un nuovo *universalismo delle tutele*<sup>11</sup>, dalla quale - se “*Il paradigma del lavoro senza aggettivi [...] consiste nel compimento di un'opera o di un servizio destinato ad altri con attività esclusivamente o prevalentemente personale*”<sup>12</sup>) - non può escludersi l'afferenza del lavoro professionale al *genus* del la-

9 Nella sentenza, per l'appunto, si legge che “[...] *la disciplina sull'equo compenso ha completato e colmato quello scarto negativo che, nel tempo e a causa di svariati fattori, ha provocato nel settore delle libere professioni una deminutio di tutela per coloro che prestano attività professionale al di fuori degli schemi tipici del rapporto dipendente e della tutela costituzionale salariale e retributiva*” (§ 11.1.2).

10 Si tratta delle tesi giuslavoristiche che hanno teorizzato un tipo contrattuale destinato a governare qualsiasi prestazione di lavoro personale resa in favore di altri, caratterizzato da una tutela base comune per tutte le modalità di prestazione del lavoro e una modulazione progressivamente incrementale delle tutele tanto più divengono stringenti i vincoli organizzativi ed esecutivi dettati dal committente; su cui, tra gli altri, v. B. CARUSO - R. DEL PUNTA - T. TREU, *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, in csdl.lex.unict.it; ma, soprattutto, in precedenza M. PEDRAZZOLI, *Lavoro sans phrase e ordinamento dei lavori. Ipotesi sul lavoro autonomo*, in RIDL, 1998, 49 ss.

11 Su cui v. T. TREU, *Il lavoro flessibile nelle transizioni ecologica e digitale*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”. IT - 465/2023.

12 U. ROMAGNOLI, *Costantino Mortati (la rilettura di)*, in L. GAETA (a cura di), Costantino Mortati e “Il lavoro nella Costituzione”: una rilettura, Milano, Giuffrè, 2005, 135.

voro *tout court*<sup>(13)</sup>.

E ciò, nel quadro di un processo - politico, legislativo e giurisprudenziale - di assestamento dell'equilibrio tra le libertà economiche e i diritti sociali nello spazio eurounitario.

In tale contesto questo approccio è, quindi, sostenuto da una lettura proattiva della giurisprudenza della Corte di Giustizia europea, che può essere richiamata - in discontinuità rispetto alla tradizionale funzione argomentativa *pro-market* - per rammentare l'astratta compatibilità delle tariffe minime con il diritto primario dell'UE (anche spostando il *focus* dalla finalità di protezione del lavoratore autonomo a quella di tutela della qualità dei servizi, quale motivo imperativo di interesse generale). Ciò, valorizzando il metodo "casistico" della Corte europea, in base al quale il valore sistematico degli orientamenti della stessa deve, comunque, essere apprezzato tenendo conto che la CGUE - posto che l'ordinamento multilivello, dal punto di vista giuridico-formale, è (divenuto) uno spazio giuridico "conteso" tra valori solidaristici e valori economici - fa applicazione della tecnica del bilanciamento, secondo il canone della proporzionalità, adottando un approccio necessariamente pragmatico, che si basa su specifiche condizioni normative e di contesto, cui consegue la parcellizzazione degli esiti del sindacato. Ed è per questo che l'analisi induttiva della giurisprudenza deve sempre considerare i fattori di tipicità - endogeni ed esogeni - delle singole fattispecie. Da tale prospettiva, dunque, la determinazione - anche in via orizzontale - di *tariffe minime imposte*, pur essendo idonea a restringere la concorrenza nel mercato interno, "*non ricade necessariamente sotto il divieto sancito dal combinato disposto dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE e dell'articolo 4, paragrafo 3, TUE*", ove ciò avvenga per perseguire obiettivi legittimi e nel rispetto del principio di proporzionalità<sup>(14)</sup>.

Il sistema valoriale presidiato dall'equo compenso può, inoltre, essere ampliato attraverso il collegamento con la tutela del buona andamento dell'azione amministrativa, posto che "*l'interesse ad assumere incarichi per l'Amministrazione da parte dei professionisti più qualificati dipenda largamente anche dall'adeguatezza del corrispettivo offerto e dal rispetto della dignità professionale della classe forense*"<sup>(15)</sup>; e il concetto di dignità professionale - secondo una teorica circolare - torna indietro alla tutela del lavoro autonomo, ove è stato tradizionalmente declinato nella forma del decoro, anche in relazione al limite di cui all'art. 2233, comma 2, c.c., che - anche secondo la giurisprudenza di legittimità - impedisce di liquidare "*somme praticamente simboliche, non consone al decoro della professione*"<sup>(16)</sup>.

Tale impostazione sembra, dunque, poter superare sommessamente le letture "minimaliste", che, al fine di depotenziare la portata precettiva dell'equo compenso, hanno

13 Come ricorda G. COLAVITI, "Fondata sui lavori". Tutela del lavoro autonomo ed equo compenso in una prospettiva costituzionale, in Rivista AIC, 1/2018, 35, "A ben vedere non è [...] solo la Costituzione a consegnarci una concezione ampia del lavoro: anche il codice civile presenta un libro quinto dedicato nel suo complesso al "lavoro", con singoli capi che si riferiscono alle varie forme di lavoro, e dunque anche al lavoro autonomo, ed a quello professionale, inteso come solo-tipo di quello autonomo, oltre che al lavoro dipendente. Anzi, il primo articolo del libro quinto, l'articolo 2060 c.c., pure depurato dal riferimento alla Carta del lavoro, propria della forma di Stato corporativa, precisa come "il lavoro è tutelato in tutte le sue forme organizzative ed esecutive, intellettuali, tecniche e manuali", con una dizione in fondo assai simile all'articolo 35 della Costituzione".

14 Corte di Giustizia dell'Unione europea 23 novembre 2017, C-427/2016 e C-428/2016, § 51 ss.; in termini, *ex aliis*, CGUE 4 luglio 2019, C-377/2017. D'altro canto, in sede di rinvio pregiudiziale sulla compatibilità delle tariffe spagnole dei procuratori legali fissate dal regio decreto n. 1373/2003, la CGUE è giunta a concludere che "[...] l'articolo 101 TFUE, in combinato disposto con l'articolo 4, paragrafo 3, TUE, dev'essere interpretato nel senso che non osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che assoggetta gli onorari dei procuratori legali a una tariffa che può essere aumentata o diminuita solamente del 12%, e della quale i giudici nazionali si limitano a verificare la rigorosa applicazione, senza essere in grado, in circostanze eccezionali, di derogare ai limiti fissati da tale tariffa" (CGUE 8 dicembre 2016, C-532/2015 e C-538/2015).

15 Ancora Cons. Stato 28 febbraio 2023, n. 2084.

16 Cass. 30 novembre 2016, n. 24492.

fatto leva sul principio della libera pattuizione (*ex art. 13, c. 6, l. 247/2012*) e sugli obblighi di contenimento della spesa pubblica, in base ai quali “*per la pubblica amministrazione anche il concetto di “equo compenso” deve ancorarsi a parametri di maggiore flessibilità*”<sup>(17)</sup>; e che, per altro verso, ne hanno enucleato dall’alveo la questione della dignità professionale, assumendo che il decoro sia garantito di per sé dai doveri di deontologici di correttezza “*a prescindere dall’entità del compenso e persino in caso di incarico a titolo gratuito*”<sup>(18)</sup>.

Per inciso, per le pubbliche amministrazioni, tali esegesi hanno fatto *pendant* con la sostanziale limitazione dell’applicazione in via diretta della disciplina sull’equo compenso al solo comma 3 dell’art. 19-*quaterdecies*, sì da escludere la tipizzata sanzione della nullità di protezione al di fuori dei rapporti contrattuali con le imprese private, per come definite dal precedente comma 1.

A fronte di ciò, l’approdo dei giudici di palazzo Spada non riesce ancora, però, a mettere in discussione i pilastri dell’esegesi minimalista, ivi compresa la possibilità che la prestazione professionale sia resa gratuitamente<sup>(19)</sup>; né, tantomeno, a contraddire il principio – costantemente affermato dalla giurisprudenza amministrativa – secondo cui l’obbligo di equo compenso “*non trova invece applicazione ove la clausola contrattuale relativa al compenso [...] sia oggetto di trattativa tra le parti o, nelle fattispecie di formazione della volontà dell’amministrazione secondo i principi dell’evidenza pubblica, ove l’amministrazione non imponga al professionista il compenso per la prestazione dei servizi legali da affidare [...] E ciò per l’evidente motivo che nel caso in cui il professionista non sia costretto ad accettare supinamente il compenso predeterminato unilateralmente dall’amministrazione, ma contratti liberamente il proprio compenso su un piano paritetico con la committente, viene meno quella speciale esigenza di protezione del professionista, quale parte debole del rapporto contrattuale, su cui si fonda la ratio dell’istituto dell’equo compenso*”<sup>(20)</sup>.

Ciò nonostante, può dirsi che tale indirizzo sia indicativo dell’esistenza di un più profondo substrato argomentativo e ideologico in grado di influenzare le decisioni – amministrative e giurisdizionali – di bilanciamento casistico tra statuto protettivo del lavoro autonomo, libertà economiche e vincoli di bilancio, veicolando la precettività dell’equo compenso (calcolato secondo i criteri del d.m. 55/2014); di cui resta ferma, però, l’applicazione secondo il paradigma della proporzionalità. Vale a dire, cioè, che il sistema valoriale delineato dal Consiglio di Stato, pur non offrendo una regola pregiudiziale, **né sancendo** la reintroduzione dell’inderogabilità delle tariffe minime, resti-

17 TAR Bologna 17 novembre 2022, n. 919, nella quale si paventa - a monte - il dubbio dell’applicabilità dell’art. 13-bis, l. n. 247/2012 nei confronti delle pubbliche amministrazioni.

18 TAR Milano 29 aprile 2021, n. 1071.

19 Su cui, di recente, si è espresso lo stesso Consiglio di Stato, precisando, però, che “*La tenuta costituzionale del sistema basato sulle richieste di prestazioni gratuite da parte delle Pubbliche Amministrazioni si può ammettere solo se è previamente previsto un meccanismo procedimentale che dia idonee garanzie circa il fatto che la concreta azione amministrativa sia ispirata a criteri, canoni e regole di assoluta imparzialità nella selezione e nella scelta dei professionisti, di modo che in questo ‘nuovo mercato’ delle libere professioni nessuno abbia ad avvantaggiarsi a discapito di altri*” (Cons. Stato 9 novembre 2021, n. 7442).

20 TAR Napoli 18 febbraio 2022, n. 1144, con cui sono stati annullati gli atti di una procedura indetta da una società pubblica per la costituzione di un elenco di avvocati a cui conferire incarichi di patrocinio legale per il fatto che deve ritenersi che “*resti precluso alle Amministrazioni aggiudicatrici l’introduzione di una regola che, come nella specie, impedisca sistematicamente ex ante il riconoscimento di un corrispettivo professionale da corrispondere ai professionisti incaricati che sia di importo pari o superiore all’equo compenso. Diversamente argomentando si porrebbe all’inaccettabile conseguenza per cui l’Amministrazione erogherebbe esclusivamente compensi che si collocano al di sotto di tale soglia che dunque diverrebbe inapplicabile in via assoluta all’Amministrazione convenuta [...] e che, comunque, si porrebbe in contrasto con la disciplina al riguardo dettata anche per le pp.aa. nella L. n. 247 del 2012 [...] tenuto conto anche del rilievo per cui se è vero che le prestazioni professionali degli avvocati devono essere espletate con professionalità anche indipendentemente dalla misura dell’onorario, non può tuttavia negarsi che l’interesse ad assumere incarichi per l’Amministrazione da parte dei professionisti più qualificati dipenda largamente anche dall’adeguatezza del corrispettivo offerto e dal rispetto della dignità professionale della classe forense*”.



tuisse, comunque, vigore ai parametri ministeriali, che sembrano assurgere a *soft rule*, derogabile ma nel rispetto del canone di ragionevolezza<sup>(21)</sup>.

D'altro canto, com'è noto, è stata recentemente approvata dalla Camera dei deputati la proposta di legge A.C.338<sup>(22)</sup>, recante "Disposizioni in materia di equo compenso delle prestazioni professionali", che riguarda – in generale – l'universo del lavoro autonomo, e che se, in parte, ricalca i principi già introdotti per le prestazioni degli avvocati dall'art. 19-*quaterdecies*, d.l. n. 148/2017 (che per effetto dell'entrata in vigore della novella legislativa sarebbe abrogato); per il resto, rafforza significativamente il sistema di protezione, superando le debolezze regolative del predetto art. 19-*quaterdecies*, attraverso (i) l'estensione dell'ambito soggettivo di applicazione – tra gli altri – anche alle società a partecipazione pubblica; (ii) l'espressa sanzione della nullità per tutte le pattuizioni sul compenso "non equo", intendendosi per tale quello inferiore ai parametri ministeriali<sup>(23)</sup>; (iii) l'assegnazione di un ruolo di vigilanza attiva agli ordini e ai collegi professionali. Ma, soprattutto, l'intenzione del legislatore si coglie nel superamento della prova della (pre)condizione di squilibrio contrattuale ai fini dell'imperatività del diritto all'equo compenso, dal momento che – oltre a essere rigidamente ancorato a criteri predeterminati – esso, secondo il disegno legislativo, potrà essere azionato, anche al fine di ottenere un ulteriore indennizzo, impugnando "La convenzione, il contratto, l'esito della gara, l'affidamento, la predisposizione di un elenco di fiduciari o comunque qualsiasi accordo che preveda un compenso inferiore ai valori determinati (art. 3, c. 6); con ciò evidentemente sopravanzandosi – di fatto – l'orientamento giurisprudenziale che ne esclude l'applicabilità nel caso di offerte nell'ambito di procedure a evidenza pubblica, per la presunzione di pariteticità.

Nello stesso senso, l'art. 8 del nuovo codice dei contratti pubblici, non soltanto conferma il principio secondo cui – salvo casi eccezionali – "la pubblica amministrazione garantisce comunque l'applicazione del principio dell'equo compenso"; ma, per di più, introduce la regola secondo cui le prestazioni d'opera intellettuale non possono essere rese dai professionisti gratuitamente<sup>(24)</sup>, sì da poter segnare il superamento del principio opposto veicolato dalla giurisprudenza.

21 In linea con questo approccio può indicarsi una recente decisione del TAR Napoli che, in relazione - ancora una volta - a un avviso per la costituzione di una *short list* di avvocati da parte di un Comune, ha sanzionato la violazione dell'art. 19-*quaterdecies*, c. 3, d.l. n. 148/2017 perché, pur escludendo che il compenso vada liquidato seguendo pedissequamente i criteri del d.m. 55/2014, "non può negarsi che questi parametri vadano tenuti in conto, potendosi senz'altro ammettere compensi inferiori ma non compensi che risultino completamente sganciati in peius rispetto a quelli liquidabili in base al D.M. [...] La circostanza che il singolo professionista resti libero di valutare la convenienza dell'incarico e di rifiutarlo nel caso in cui ritenga non equo il compenso non rileva, dato che ciò non esclude la violazione dell'articolo 19-*quaterdecies*, comma 3, cioè la violazione dell'obbligo dell'amministrazione di garantire un compenso equo; in altri termini, la disposizione violata impone all'amministrazione di prevedere compensi equi e non consente la previsione di compensi non equi, anche se - ovviamente - il singolo professionista non è certo obbligato, ove inserito nell'elenco, a accettare l'incarico e quindi di beneficiare di un compenso non equo" (TAR Napoli 14 novembre 2022, n. 7037). Nello stesso senso TAR Palermo 14 marzo 2023, n. 815, ove, sulla base di un analogo compendio argomentativo, il Giudice amministrativo ha escluso che il bilanciamento con l'esigenza di contenimento della spesa pubblica possa determinare l'applicazione di un compenso lesivo del decoro e del prestigio della professionale, sì da concludere che "[...] nel caso in esame costituisce circostanza incontestata che il compenso previsto - il 20% dei valori medi - sostanzialmente si traduce nella metà dei valori minimi tariffari e, pertanto, ben al di sotto di tali minimi; e la non congruità dei compensi è confermata dalla previsione di un'ulteriore riduzione del 20%, relativamente alle fasi di giudizio espletate, nel caso di rinuncia del mandato per giusta causa da parte del professionista incaricato".

22 Più precisamente, la proposta di legge, che riproduce fedelmente il testo già approvato nella precedente legislatura dalla Camera dei deputati il 13 ottobre 2021 e dalla competente Commissione parlamentare del Senato nel mese di luglio 2022, è stata approvata definitivamente in data 12 aprile 2023 ed è in fase di pubblicazione in Gazzetta ufficiale.

23 Più precisamente, si fa riferimento "ai parametri determinati con decreto del Ministro della giustizia ai sensi dell'articolo 13, comma 6, della legge 31 dicembre 2012, n. 247, per la professione forense, o ai parametri fissati con il decreto del Ministro dello sviluppo economico di cui all'articolo 1, comma 1, lettera c)" (art. 3, c. 1).

24 Anche in questo caso, "salvo che in casi eccezionali e previa adeguata motivazione".

#### 4. Il puzzle delle procedure di affidamento.

Al di là dei profili relativi al compenso, nel nostro ordinamento, in modo ancor più convulso, la questione delle modalità di conferimento degli incarichi legali ha storicamente assunto i tratti di un *puzzle* di difficile composizione per la multiformità degli *input* provenienti dalle fonti del sistema, intrecciati con l'annoso dibattito sulla qualificazione come *locatio operis* ovvero appalto di servizi.

Senza voler approfondire la progressiva evoluzione degli orientamenti (spesso contrastanti)<sup>(25)</sup>, è possibile tratteggiare un recente approdo sistematico maggiormente stabile. Questa tendenziale “stabilizzazione” nel diritto vivente è andata di pari passo all'approvazione della direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici (inizialmente attuata con il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recante “Codice dei contratti pubblici”) e alle linee guida ANAC n. 12/2018 (quale atto di regolazione *ex art.* 213, c. 2, d.lgs. 50/2016), in base alle quali - in sintesi - sono individuabili due categorie di servizi legali, ossia (i) quelli c.d. “esclusi” dall'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici (*ex art.* 17, d.lgs. 50/2016), tra i quali figurano gli incarichi di patrocinio (non continuativi, né periodici)<sup>(26)</sup>, il cui affidamento dà luogo a un contratto d'opera professionale; (ii) le altre categorie di servizi legali, che, invece, rientrano tra quelli di cui all'allegato IX del codice dei contratti pubblici, il cui affidamento dà luogo a un contratto d'appalto, soggetto al regime del d.lgs. 50/2016 (con le semplificazioni previste dall'art. 140).

Com'è noto, per i servizi legali “esclusi” valgono, comunque, i principi di cui all'art. 4, d.lgs. 50/2016, per cui il relativo affidamento deve avvenire “nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica”<sup>(27)</sup>.

Ora, se tale *summa divisio* appare largamente acquisita<sup>(28)</sup>, ciò che resta maggiormente controvertibile è la concreta applicazione dei principi relativi all'affidamento degli incarichi legali c.d. esclusi.

25 Per un *excursus* e un'analisi generale v. G.M. DONATO, *Gli incarichi di servizi legali*, in G.M. DONATO, M. ROSSI, B. VITIELLO (a cura di), *In Le consulenze e gli incarichi di vertice nella PA*, Giuffrè, Milano, 2023, 191 ss.

26 Più precisamente, si tratta di incarichi di “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; 2) consulenza legale fornita in preparazione di uno dei 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; 3) servizi di certificazione e autenticazione di documenti che devono essere prestati da notai; 4) servizi legali prestati da fiduciari o tutori designati o altri servizi legali i cui fornitori sono designati da un organo giurisdizionale dello Stato o sono designati per legge per svolgere specifici compiti sotto la vigilanza di detti organi giurisdizionali; 5) altri servizi legali che sono connessi, anche occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri” (art. 17, c. 1, lett. d, d.lgs. 50/2016); e per la cui più specifica individuazione si rinvia alle linee guida ANAC n. 12/2018, §§ 1.2-1.4, emanate sulla base del parere del Consiglio di Stato 3 agosto 2018, n. 2017.

27 Per inciso, nel nuovo codice dei contratti pubblici il combinato disposto degli artt. 13, 56 e 181 conferma la medesima impostazione. Pur tuttavia, il novero dei principi applicabili ai contratti esclusi, a causa del generico rinvio dell'art. 181, c. 3, a quelli “dettati dal Titolo I della Parte I”, risulta più ampio e, per certi versi, foriero di maggiori incertezze in sede applicativa, specie per l'estensione dei corollari del “principio del risultato”, tra i quali viene annoverata la “concorrenza”.

28 Per quanto in alcune letture si faccia riferimento, invece, a una “tripartizione”, enucleando l'ulteriore fattispecie degli “incarichi di vera e propria “consulenza legale”, in cui la possibile controparte processuale risulti ancora indeterminata, e la prestazione del professionista sia volta a supportare l'amministrazione nell'adottare accorgimenti, provvedimenti e prassi, ovvero a rafforzare il patrimonio conoscitivo-esperienziale giuridico del decisore pubblico; in tale ultimo caso, come anche nelle ipotesi in cui lo stesso risulti finalizzato alla redazione di bandi, documenti di gara, atti a rilevanza societaria (come le offerte, sottoscrizioni o dimissioni), l'incarico risulterà estraneo alla disciplina del D. Lgs n. 50/2016 e sarà soggetto alle disposizioni dell'articolo 7 comma 6 del D. Lgs n. 165/2001, con obbligo di inoltrare alla Sezione di controllo degli atti determinativi comportanti per l'amministrazione una spesa superiore ai cinquemila euro, giusta il disposto dell' art. 1 comma 173 della L. n. 266/2005 [...]” (Corte dei Conti, sez. contr. Piemonte, 15 marzo 2021, n. 54).



Stando ai profili maggiormente controversi, in primo luogo, relativamente al criterio di economicità, può assumersi come indicativa l'impostazione delle linee guida dell'ANAC - recentemente condivisa dalla menzionata Cons. Stato n. 2084/2023, attraverso la censura della logica draconiana del "prezzo più basso" - secondo le quali "*il risparmio di spesa non è il criterio di guida nella scelta che deve compiere l'amministrazione*". Sicché, tenuto conto delle riflessioni sull'equo compenso, anche sotto questo profilo può ritenersi che la valutazione di congruità debba preferibilmente ancorarsi ai parametri ministeriali (richiamati pure dall'Autorità); e che, nel caso in cui l'amministrazione scelga di esperire una procedura selettiva, debba essere, comunque, escluso il criterio del prezzo più basso, analogamente al criterio arguibile per gli appalti dall'art. 95, c. 3, lett. b, d.lgs. 50/2016. E ciò, può valere, dunque, per ridimensionare le interpretazioni più "lassiste" sul tema del *dumping* professionale<sup>(29)</sup>.

Destà, invece, maggiori incertezze il profilo delle modalità di conferimento, al fine di dare attuazione ai principi di trasparenza, imparzialità, proporzionalità e pubblicità; venendo, in particolare, in rilievo da tale prospettiva il tema dell'obbligo (o meno) di dare corso a una procedura comparativa.

In generale, gli orientamenti della giurisprudenza amministrativa - seppur con diverse sfumature - restituiscono un'indicazione di *favor* per le procedure comparative; impostazione questa che segue una diffusa linea tendenziale nel nostro ordinamento, che trova massima espressione nelle linee guida dell'ANAC, nelle quali, per esempio, anche laddove s'indica quale *best practice* per i servizi esclusi quella della "*costituzione di elenchi di professionisti*", essa non viene, comunque, descritta come "autoportante" ai fini del conferimento, ma soltanto finalizzata a restringere "*il confronto concorrenziale al momento dell'affidamento, con effetti positivi in termini di maggiore celerità dell'azione amministrativa*". Nello stesso senso possono collocarsi, tra gli altri, pure le lasche affermazioni contenute nell'arresto assunto come iniziale punto di osservazione, per quanto in tal caso il Consiglio di Stato abbia fatto riferimento soltanto a un vincolo di predeterminazione dei criteri di affidamento e a una generica procedimentalizzazione "*in grado di assicurare nel contempo l'imparzialità ed il buon andamento, ex art. 97 Cost, oltre che la trasparenza dell'agere amministrativo ed il rispetto del principio di buona fede*".

Tale approccio poggia, evidentemente, sulla tesi secondo cui - anche a prescindere dal valore economico dell'incarico - "*L'affidamento diretto a un professionista determinato di uno dei servizi legali di cui all'articolo 17, comma 1, lettera d), del Codice dei contratti pubblici è possibile, nel rispetto dei principi recati dall'articolo 4 del Codice dei contratti pubblici, solo in presenza di specifiche ragioni logico-motivazionali che devono essere espressamente illustrate dalla stazione appaltante nella determina a contrarre*"<sup>(30)</sup>; con una tipizzazione dei presupposti e delle fattispecie nelle stesse linee guida.

Pur tuttavia, la tesi della natura meramente residuale e tipizzata degli affidamenti diretti degli incarichi legali *de quibus* non trova un solido ancoraggio normativo ed è il frutto di un retaggio di *gold plating*. Nel senso che, logicamente, un conto è l'obbligo di rispettare i principi di cui all'art. 4 del codice dei contratti pubblici; un altro è, invece, assumere che l'attuazione degli stessi possa (e debba) avvenire soltanto nell'ambito di una procedura comparativa.

Ed è anche per questo che nell'ordinamento si rinvengono indicazioni dissonanti, spe-

29 Come quella di TAR Milano cit., che ha escluso l'illegittimità dell'affidamento di un incarico di patrocinio in giudizio secondo il criterio del prezzo più basso, sostenendo che "*La censura è comunque inconferente in un confronto competitivo come quello in oggetto, in cui la qualità della prestazione è assicurata a monte dalla comprovata professionalità e dalla specifica competenza dei professionisti invitati a presentare i preventivi, e la prestazione di mezzi richiesta non si presta ad essere svolta con caratteristiche metodologiche differenziate, meritevoli di una peculiare valutazione in relazione al compenso offerto*".

30 Linee guida ANAC n. 12/2018, § 3.1.4.

cie negli orientamenti della magistratura contabile, che in alcune decisioni relative ai servizi di patrocinio legale ha rammentato che *“l’incarico avviene ‘intuitu personae’, e legato alla necessità contingente dell’ente pubblico, mediante un contratto d’opera intellettuale sottratto alle procedura di evidenza pubblica”*<sup>(31)</sup>. Ciò, perfino nell’ipotesi di numero *“abnorme di mandati [...] ai medesimi avvocati per un numero significativo di anni (almeno un quinquennio [...]”*; circostanza questa che - al di là del fatto che il principio di rotazione non è richiamato per i contratti esclusi (neanche nel nuovo codice dei contratti pubblici) - *“non comporta [...] una modifica della natura giuridica del patrocinio legale”*; per cui, in definitiva, l’incarico di tipo *“giudiziale”* è *“escluso dalla disciplina della gara pubblica in quanto coperto dal rapporto fiduciario e di riservatezza che caratterizza questi incarichi [...]”*<sup>(32)</sup>. Si tratta di indirizzi che fanno opportunamente leva sulla specialità dell’attività di patrocinio e di rappresentanza in giudizio (che da tale punto di vista potrebbe, quindi, assurgere a sottospecie dei servizi legali c.d. esclusi), caratterizzata in modo peculiare dall’elemento fiduciario.

Da tale prospettiva appare, dunque, condivisibile l’impostazione che - in contrapposizione agli indirizzi della prevalente magistratura amministrativa e dell’ANAC - segnala che *“[...] una lettura sistematica delle disposizioni del d.lgs. n. 50 del 2016, consente di rilevare come il legislatore della riforma, con il richiamo all’art. 4, più che delineare una vera e propria procedura comparativa, abbia inteso invocare il rispetto generale dei principi generali che regolano l’azione amministrativa in materia di imparzialità, trasparenza e adeguata motivazione, non escludendo la possibilità di un affidamento diretto e fiduciario dei servizi legali”*<sup>(33)</sup>.

Peraltro, questa interpretazione trova - per analogia - conforto nelle semplificazioni introdotte in materia di affidamenti degli appalti c.d. *“sotto soglia”* (art. 36, d.lgs. 50/2016); nel senso che sarebbe chiaramente illogico consentire - per importi inferiori a 40.000 euro - l’affidamento diretto *“anche senza previa consultazione di due o più operatori economici”* dell’appalto di un servizio legale, ma limitarlo a ipotesi residuali per gli incarichi di patrocinio, sebbene *“esclusi”*.

Senza contare, inoltre, la presa di posizione sul tema della Corte di Giustizia europea che, in sede di rinvio pregiudiziale sull’art. 10 della direttiva 2014/24/UE, nel ribadire la specialità del *“servizio di rappresentanza legale [...] ma anche la consulenza legale fornita nell’ambito della preparazione o dell’eventualità di un siffatto procedimento”*, per ciò esclusi dall’ambito di applicazione del diritto derivato degli appalti, ha significativamente riconosciuto che *“Simili prestazioni di servizi 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. Orbene, da un lato, un siffatto rapporto intuitu personae tra l’avvocato e il suo cliente, caratterizzato dalla libera scelta del suo 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. Dall’altro, 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, incumbente sull’amministrazione aggiudicatrice, di precisare le condizioni di attribuzione di un siffatto appalto nonché la pubblicità che deve essere data a tali condizioni”*<sup>(34)</sup>.

31 Corte dei Conti, sez. giurisd. Lazio, 16 ottobre 2018, n. 521.

32 Corte dei Conti, sez. giurisd. Lazio, 27 novembre 2019, n. 584. Sebbene nella medesima decisione si dia, altresì, atto, contraddittoriamente, che, comunque, sussista *“il problema della scelta dei legali effettuata senza alcuna procedura comparativa e senza trasparenza”*, viepiù a fronte dell’autovincolo costituito nella fattispecie dall’istituzione di un albo.

33 Corte dei conti, sez. giurisd. Lazio, 8 giugno 2021, n. 509.

34 CGUE 6 giugno 2019, C-264/2018, §§ 35-38; ma in precedenza, nello stesso senso, v. già CGUE 18 maggio 1982, C-155/1979.

## 5. Riflessioni conclusive.

L'analisi dei formanti permette, dunque, di affermare che, relativamente all'equo compenso, gli indirizzi del legislatore sembrano condividere e sviluppare le precomprensioni degli approdi della magistratura amministrativa, confermando - più o meno consapevolmente - una timida evoluzione *pro labour* dell'assetto ordinamentale; che pare, quindi, arrestare la deriva dell'equiparazione funzionalista tra professione e impresa, tradizionalmente tramandata - sino a tempi recenti - dalla giurisprudenza prevalente della Corte di Giustizia, dalla Commissione europea e dall'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato<sup>(35)</sup>.

Pur tuttavia, per gli appalti c.d. "sotto soglia" dei servizi legali (inclusi), per effetto del nuovo codice dei contratti pubblici, può preconizzarsi il profilarsi di un "corto circuito" sul versante dell'applicazione del criterio di economicità, a fronte dell'introduzione della facoltatività del criterio di aggiudicazione. Nel senso che se, nella vigenza del d.lgs. n. 50/2016, per i servizi di natura intellettuale l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente vantaggiosa era obbligatorio per un importo pari o superiore a 40.000 euro, esso, in base al combinato disposto degli artt. 50, c. 4 e 108, c. 2, lett. b, diverrà adesso vincolante soltanto sopra la soglia di 140.000 euro. E ciò, sebbene l'eventuale opzione per il criterio del prezzo più basso per le procedure relative alle prestazioni intellettuali sotto soglia rischia logicamente di ingenerare un *loop* con la regola dell'equo compenso.

Tale antinomia intrinseca costituisce un *quid novi*, sia perché nel d.lgs. 50/2016 non era presente la garanzia di cui all'art. 8 del nuovo codice; sia perché il significativo innalzamento delle soglie fa sì che il potenziale ambito di applicazione del massimo ribasso risulti più esteso, intercettando un'ampia fetta del mercato dei servizi legali, che rischia di restare ad appannaggio dei soli operatori di maggiori dimensioni.

Allo stesso tempo, però, l'effetto di *deregulation* indotto dall'innalzamento delle soglie e dalla liberalizzazione dell'affidamento diretto rafforza le conclusioni sull'assenza di un obbligo di gara per i servizi esclusi (specie, come detto, per quelli di patrocinio), sulla base di un argomento *a fortiori* e sulla scorta dell'orientamento della Corte di Giustizia dell'UE. E tale rinvirgamento dovrebbe innescare il superamento delle tesi più draconiane - della giurisprudenza amministrativa e dell'ANAC - sulle modalità di affidamento, sostenendo l'aspirazione delle pubbliche amministrazioni a una semplificazione delle procedure, puntando più ragionevolmente sulla *best practice* degli elenchi quale soluzione di bilanciamento secondo il canone di proporzionalità.

35 Si noti come l'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato aveva fatto pervenire alle Camere una segnalazione, approvata il 24 novembre 2017, di contrarietà alle disposizioni sull'equo compenso, considerate una forma di surrettizia reintroduzione dei minimi tariffari (AGCM, AS 1452 - Misure contenute nel testo di conversione del decreto legge 148/2017). Per una ricostruzione delle riforme che, nel recente passato, hanno investito il mercato dei servizi professionali e gli ordinamenti professionali, v. G. COLAVITTI, *La Libertà professionale tra Costituzione e mercato. Liberalizzazioni, crisi economica e dinamiche della regolazione pubblica*, Torino, 2012.