

## Affidamento del patrocinio legale e Codice dei Contratti Pubblici

di Michela Colapinto

Data di pubblicazione: 7-7-2016

L'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B, tra cui i servizi legali, è disciplinata esclusivamente dall'articolo 68 (specifiche tecniche), dall'articolo 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento), dall'articolo 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati), sicché la previsione di esclusione di cui all'allegato 4 – offerta economica della *lex specialis* di gara, che potrebbe assumere rilievo per la omessa dichiarazione degli importi in materia di salute e sicurezza, è nulla ai sensi dell'art. 46, co 1 bis, d.lgs. n. 163 del 2006, non essendo la stessa prevista da fonti normative primarie o secondarie.

### Guida alla lettura

Con la sentenza in commento i Giudici del Tar Lazio si soffermano su un appalto avente per oggetto i servizi legali e sulla necessità o meno di indicare gli oneri di sicurezza aziendale in sede di offerta economica.

Chiarisce la sentenza che in tema di appalto avente per oggetto i servizi legali, **non occorre indicare gli oneri per la sicurezza aziendale in sede di offerta economica**. La clausola di esclusione prevista all'uopo dalla *lex specialis* era stata in pratica disapplicata dalla stessa Stazione appaltante, in quanto nulla ai sensi dell'art. 46 comma 1 bis D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 non essendo la stessa prevista da fonti normative primarie o secondarie.

Il nuovo Codice dei Contratti (D.Lgs 50/2016) contribuisce a chiarire la fattispecie degli **incarichi agli avvocati**, definendoli come **veri e propri appalti di servizi**, quali sono, ponendo finalmente nel nulla qualsiasi teoria che ammetta l'assegnazione dell'assistenza legale in giudizio come incarico *intuitu personae*.

L'articolo 17 del riferito Codice definisce le prestazioni di tutela legale come “servizi”. Questo è un passo in avanti molto importante, perché la moltissima giurisprudenza amministrativa che

ancora si ostina a considerare gli incarichi a legali non come appalti di servizi, perché valorizza l'elemento della prestazione d'opera professionale, viene messa fuori gioco ancor più di quanto le vigenti disposizioni del D.Lgs 163/2006 non privino già di sostanza tali posizioni.

Adesso, non sarà più sostenibile una differenziazione della disciplina per l'affidamento della tutela in giudizio basata sulla presupposta distinzione tra appalti di servizi e prestazioni d'opera intellettuale. La "**rappresentanza legale**", ai sensi del nuovo codice, è un **appalto di servizio**.

E' noto l'ampio dibattito tra le diverse interpretazioni in ordine alla natura giuridica del contratto di difesa legale dell'ente tra coloro che collocano lo stesso nell'ambito degli appalti di servizi e i fautori dell'opposta tesi che predilige il suo inquadramento tra le prestazioni di lavoro autonomo.

Già il previgente Codice dei Contratti collocava, nell'allegato elenco II B relativo ai c.d. "*appalti di servizi parzialmente esclusi*", i "*servizi legali*". Da qui un primo filone giurisprudenziale (cfr Tar Lazio, Latina, sez. I, 20 luglio 2011, n. 604) che esige, nel conferimento dell'incarico, l'applicazione dei principi di "*libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità*", come prevedeva l'art. 1 del precedente Codice e come oggi prevede l'art. 4 del D.Lgs. 50/2016. La qualificazione del contratto di patrocinio legale quale appalto ne esclude il carattere fiduciario.

Secondo una seconda interpretazione, l'incarico professionale conferito all'avvocato è annoverabile tra i contratti di lavoro autonomo di cui all'art. 7, commi 6 e 6-bis del D.Lgs. 165/2001 ai quali l'amministrazione può ricorrere a condizione della insussistenza di adeguate professionalità interne. Da tale qualificazione discende l'obbligo per la pubblica amministrazione di rispettare le condizioni di legittimità di cui alle disposizioni citate, le quali contemplano, comunque, il ricorso a procedure comparative per il conferimento degli incarichi di collaborazione.

Da ciò dovrebbe derivare il divieto di conferimento diretto dell'incarico difensivo in via fiduciaria, senonché la [Quinta sezione del Consiglio di Stato, con sentenza n. 2730 dell'11 maggio 2012](#), ha opinato diversamente, ritenendo dapprima di comprendere il singolo incarico difensivo nell'ambito dei contratti di lavoro autonomo, e successivamente ammettendone l'affidamento diretto in base a criteri di ampia discrezionalità, posto che "*il contratto di conferimento del singolo e puntuale incarico legale, presidiato dalle specifiche disposizioni comunitarie volte a tutelare la libertà di stabilimento del prestatore in quanto lavoratore, non può soggiacere, neanche nei sensi di cui all'articolo 27 del Codice dei Contratti Pubblici, ad una procedura concorsuale di stampo selettivo che si appalesa incompatibile con la struttura della fattispecie contrattuale, qualificata, alla luce dell'aleatorietà dell'iter del giudizio, dalla non predeterminabilità degli aspetti temporali, economici e sostanziali della prestazioni e dalla conseguente assenza di basi oggettive sulla scorta delle quali fissare i criteri di valutazione necessari in forza della disciplina recata dal codice dei contratti pubblici*", pur richiamando all'osservanza dei principi di buon andamento nell'affidamento intrinsecamente fiduciario.

Il contratto di appalto viene in rilievo quando il professionista sia chiamato a organizzare e

strutturare una prestazione di contenuto più ampio, concernente un complesso di attività legali tra le quali il patrocinio in giudizio non esaurisca l'ambito prestazionale. In tal caso l'amministrazione, tenuta ad aprire l'appalto alla concorrenza, deve prevedere le specifiche tecniche della prestazione da porre a gara.

L'art. 17 del D.Lgs. 50/2016 pare travolgere l'interpretazione della Quinta sezione, qualificando espressamente **l'incarico di rappresentanza processuale dell'ente come appalto di servizi**. A tale riguardo non sfugge che la formula di chiusura prevista al punto n. 5 della lettera d) contempla anche i servizi legali connessi *occasionalmente* all'esercizio dei pubblici poteri.

Se appalti di servizi sono, essi rimangono esclusi dall'integrale applicabilità della disciplina del codice dei contratti. L'art. 4 del D.Lgs. 50/2016 contempla - analogamente a quanto previsto nel previgente art. 1 del D.Lgs. 163/2006 - una tutela minima direttamente declinata dall'art. 97 della Costituzione e dai principi dell'azione amministrativa. La disposizione in esame prevede espressamente che *"L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, 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"*.

Orbene, le scelte organizzative volte alla gestione degli incarichi legali dovranno discendere da un **equilibrio tra garanzia di un confronto concorrenziale da un lato, economicità ed efficacia dall'altro**. La chiave di volta è data dal **principio di proporzionalità**, in base al quale il tasso di evidenza pubblica, di programmazione e di procedimentalizzazione dell'affidamento aumenta in primo luogo in ragione del valore dell'appalto.

Specie nelle piccole amministrazioni comunali, dove è presumibile che non vi sia il servizio avvocatura, il ricorso ai servizi legali dovrebbe pertanto essere regolamentato con procedure analoghe a quelle applicabili per gli appalti dei servizi di progettazione. Comuni alle due tipologie di appalto sono infatti la prevalenza dell'elemento della professionalità e l'impossibilità di definire tutti gli elementi prestazione in un capitolato speciale dettagliato.

In applicazione del principio di proporzionalità, deve ammettersi l'affidamento diretto dell'incarico legale entro la soglia dei 40.000 euro, analogamente a quanto consentito per gli incarichi di progettazione (art. 31, comma 8) e, più in generale, per gli affidamenti di appalti entro la predetta soglia ai sensi dell'art. 36, comma 2, il quale prevede la sufficienza dell'adozione di adeguata motivazione sempreché non sia possibile ricorrere ad una procedura ordinaria.

Stante la voluta assenza di una compiuta disciplina di rango primario, è opportuno che ciascuna Amministrazione adegui il proprio regolamento per il conferimento degli incarichi legali o ne adotti uno, utile sia a disciplinare le condizioni minime di tutela della concorrenza richieste dall'art. 4 sia ad integrare la motivazione dell'atto di affidamento diretto per gli incarichi sotto la soglia dei 40.000 euro. In relazione a tale soglia di importi, in base al citato principio di proporzionalità, deve infatti concludersi per la legittimità dell'affidamento diretto purché la relativa procedura sia assistita da un criterio oggettivo di scelta dell'operatore e

garantito il criterio di rotazione tra gli iscritti ad un apposito elenco.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

## SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2543 del 2016, proposto da: avv. Giorgio Fraccastoro, in nome proprio e in qualità di mandatario del costituendo RTI “Avv. Giorgio Fraccastoro in nome e per conto proprio e in qualità di titolare dello Studio Legale Fraccastoro, Prof. Avv. Vincenzo Fortunato, in nome e per conto proprio e in qualità di titolare dello Studio Legale Fortunato e Avv. Michele Guzzo in nome e per conto proprio” nonché da prof. avv. Vincenzo Fortunato e da avv. Michele Guzzo, in nome proprio e in qualità di mandanti del suddetto costituendo RTI, rappresentati e difesi dall'avv. Michele Guzzo, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, Via Piemonte, 39;

contro

Consip Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Gaetano Viciconte, con domicilio eletto presso lo Studio Legale Terracciano in Roma, largo Arenula, 34;

nei confronti di

Associazione Professionale Studio Legale Capece Minutolo Giuliani, in persona dei soci e legali rappresentanti pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Maria Teresa Capozza e Gianmarco Poli, con domicilio eletto presso il loro studio in Roma, Via Civitavecchia,7;

per l'annullamento

del provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore dell'Associazione Professionale "Studio Legale Capece Minutolo – Giuliani" nonché della relativa nota di Consip Spa dell'8.2.2016 di comunicazione ex art. 79, comma 5, d.lgs. n. 163 del 2006 dell'aggiudicazione definitiva dell'appalto in economia al di sotto della soglia comunitaria istituito ai sensi del d.lgs. n. 163 del 2006 per l'affidamento del supporto legale in ambito stragiudiziale per Sogei SpA ...";

dei verbali di gara e criteri della Commissione esaminatrice;

della comunicazione di cui alla nota Consip del 5 febbraio 2016 di non luogo a provvedere in autotutela ex art. 243 bis, comma 6, d.lgs. n. 163 del 2006;

di ogni altro atto precedente, preliminare, connesso o comunque collegato a quelli impugnati

nonché per la declaratoria di inefficacia

del contratto eventualmente stipulato tra Consip e la controinteressata e, conseguentemente, per l'accertamento del diritto dei ricorrenti in costituendo RTI di subentrare nell'esecuzione del servizio

nonché per il risarcimento dei danni in forma specifica o per equivalente

nonché per l'annullamento, quanto al ricorso incidentale proposto dalla controinteressata,

della nota prot. n. 19366/2015 di Consip Spa nella parte in cui – a seguito di richiesta di chiarimenti n. 19 pervenuta da un concorrente partecipante alla gara - ha risposto che "si conferma che devono essere considerati 'subappaltatori'. Nel caso in cui il concorrente intenda ricorrere al subappalto, fermi i limiti previsti dall'art. 118 d.lgs. 163/2006 e smi, lo stesso dovrà riportare nell'Allegato 1 la volontà di ricorrere all'istituto e le relative attività che intende subappaltare. Resta ferma la risposta al quesito n. 18";

di ogni altro atto presupposto, connesso e comunque consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consip Spa e della controinteressata;

Visto il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 giugno 2016 il dott. Roberto Caponigro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

## FATTO

Consip, con nota dell'8 febbraio 2016, ha comunicato al costituendo RTI Fraccastoro-Fortunato-Guzzo, ai sensi dell'art. 79, comma 5, d.lgs. n. 163 del 2006, l'aggiudicazione definitiva nei confronti dello Studio Legale Capece Minutolo Giuliani della gara per l'appalto in economia al di sotto della soglia comunitaria istituito ai sensi del d.lgs. n. 163 del 2016 per l'affidamento del servizio di supporto legale in ambito stragiudiziale per Sogei SpA.

Il ricorso è articolato nei seguenti motivi d'impugnativa:

Violazione degli artt. 11, 12, 38, comma 2 bis, e 46, comma 1 ter, d.lgs. n. 163 del 2006. Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara e, in particolare, del punto 5 della richiesta di offerta del 17.6.2015; violazione del principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti, della par condicio e della immodificabilità dell'offerta. Eccesso di potere per travisamento dei presupposti, carenza di istruttoria e manifesta illogicità.

La stazione appaltante, annullando in autotutela la prima aggiudicazione in favore della controinteressata ed adottando un rinnovato provvedimento di aggiudicazione definitiva, avrebbe consentito all'aggiudicataria una tardiva integrazione della documentazione di gara.

Tale condotta avrebbe integrato gli estremi di un irrituale ed inammissibile soccorso istruttorio, la cui attivazione sarebbe irrimediabilmente preclusa all'amministrazione dopo l'adozione dell'aggiudicazione definitiva.

La tutela della libertà di concorrenza, e del connesso corollario del favor participationis, infatti, andrebbe ponderata con il contrapposto principio della par condicio dei concorrenti e della immodificabilità delle offerte.

Violazione, sotto altro profilo, degli artt. 11 e 12 nonché dell'art. 118 d.lgs. n. 163 del 2006. Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara e, in particolare, del punto 7 "subappalto" della richiesta di offerta del 17.6.2015 nonché degli artt. 3 e 5 del capitolato tecnico allegato alla RdO; violazione del principio di immodificabilità della lex specialis di gara. Eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, carenza di istruttoria e manifesta illogicità.

Tra i cinque professionisti individuati nei curricula prodotti dalla controinteressata, figurerebbe solo uno dei due soci dell'Associazione Professionale, ovvero l'avv. Valentino Capece Minutolo del Sasso, mentre gli altri 4 curricula prodotti apparirebbero ad avvocati che non fanno parte dell'Associazione Professionale, sicché, non avendo dichiarato nell'offerta di voler ricorrere al subappalto per l'esecuzione del servizio, la controinteressata avrebbe assunto l'impegno ad eseguire personalmente tutte le prestazioni oggetto dell'affidamento, affidando al solo avv. Capece Minutolo lo svolgimento di tutta l'attività riconducibile alle tre figure professionali di partner, avvocato senior ed avvocato junior.

L'offerta della controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa per l'impossibilità di garantire l'impegno contrattuale richiesto al contraente in virtù dell'omessa dichiarazione di volontà di ricorrere al subappalto e della conseguente violazione dei requisiti minimi richiesti dalla lex specialis di gara in ordine alle figure professionali da dedicare all'appalto.

Violazione e falsa applicazione, sotto altro profilo, degli artt. 11, 12, 38, comma 2 bis, e 46, comma 1 ter, d.lgs. n. 163 del 2006. Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara e, in particolare, dell'allegato 4 "Offerta economica" alla Richiesta di Offerta del 17.6.2015 in relazione alle disposizioni in materia di salute e sicurezza; violazione del principio della par condicio dei concorrenti e di immodificabilità dell'offerta. Eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, carenza di istruttoria e manifesta illogicità.

In sede di offerta economica, la controinteressata avrebbe omesso l'indicazione degli oneri per la sicurezza aziendale; tale indicazione era stata inequivocabilmente richiesta a pena di esclusione dalla lex specialis di gara e, in particolare, nell'allegato 4 "offerta economica" della Richiesta di Offerta. Non sarebbe ammissibile il soccorso istruttorio per sanare l'omessa indicazione in sede di offerta dei cc.dd. oneri per la sicurezza aziendale.

Violazione e falsa applicazione dell'art. 86 d.lgs. n. 163 del 2006. Eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, carenza di istruttoria, difetto di motivazione e manifesta illogicità.

I chiarimenti resi dalla controinteressata nel tentativo di giustificare l'offerta economica presentata non ne avrebbero in alcun modo dimostrato la congruità in quanto generici ed indeterminati.

L'aleatorietà delle giustificazioni rese nella parte in cui non chiariscono né il numero dei professionisti applicati all'appalto né l'incidenza della dichiarata alternatività di impiego delle figure professionali sul costo offerto si ripercuoterebbe sull'offerta economica che avrebbe dovuto essere esclusa.

Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 in relazione alle disposizioni in materia di diritto al lavoro dei disabili ai sensi della legge n. 68 del 1999. Eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e diritto, carenza di istruttoria, difetto di motivazione e manifesta illogicità.

La controinteressata avrebbe omesso la dichiarazione in ordine al rispetto delle disposizioni in materia di diritto al lavoro dei disabili ai sensi della legge n. 68 del 1999.

La Consip e la controinteressata hanno analiticamente contestato la fondatezza delle censure dedotte concludendo per il rigetto del ricorso.

L'Associazione Professionale "Studio Legale Capece Minutolo Giuliani" ha altresì proposto ricorso incidentale chiedendo l'annullamento della nota prot. n. 19366/2015 di Consip Spa nella parte in cui – a seguito di richiesta di chiarimenti n. 19 pervenuta da un concorrente partecipante alla gara - ha risposto che "si conferma che devono essere considerati

‘subappaltatori’. Nel caso in cui il concorrente intenda ricorrere al subappalto, fermi i limiti previsti dall’art. 118 d.lgs. 163/2006 e s.m.i., lo stesso dovrà riportare nell’Allegato 1 la volontà di ricorrere all’istituto e le relative attività che intende subappaltare. Resta ferma la risposta al quesito n. 18”.

La controinteressata, sotto plurimi profili, ha dedotto l’illegittimità dell’attività di Consip secondo cui, ove il partecipante alla gara avesse inteso inserire all’interno del gruppo di lavoro per lo svolgimento del servizio di supporto legale avvocati senior e junior non soci dello studio legale, avrebbe dovuto espressamente dichiarare al momento della presentazione dell’offerta la volontà di ricorrere all’istituto del subappalto, in uno alle relative attività da subappaltare.

L’istanza cautelare è stata respinta con ordinanza di questa Sezione 8 aprile 2016, n. 1586, recante la seguente motivazione:

“Considerato che, ad una prima sommaria delibazione, il ricorso non appare assistito da adeguato fumus boni iuris tenuto conto, in particolare, che:

non sembra dimostrato che nel caso di specie l’Associazione Professionale controinteressata abbia proceduto al subappalto della prestazione, atteso che tale istituto presuppone l’organizzazione delle risorse e dei mezzi a proprio rischio da parte del subappaltatore;

l’aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell’allegato II B, tra cui i servizi legali, è disciplinata esclusivamente dall’articolo 68 (specifiche tecniche), dall’articolo 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento), dall’articolo 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati), sicché la previsione di esclusione di cui all’allegato 4 – offerta economica della lex specialis di gara, che potrebbe assumere rilievo per la omessa dichiarazione degli importi in materia di salute e sicurezza, appare nulla ai sensi dell’art. 46, co 1 bis, d.lgs. n. 163 del 2006”.

Le parti hanno depositato altre memorie a sostegno ed illustrazione delle rispettive difese.

All’udienza pubblica del 1° giugno 2016, la causa è stata trattenuta per la decisione.

## DIRITTO

1. Il ricorso è infondato e va di conseguenza respinto.

1.1 Con il primo motivo di impugnativa, la ricorrente ha sostenuto che la stazione appaltante, annullando in autotutela la prima aggiudicazione in favore della controinteressata ed adottando un rinnovato provvedimento di aggiudicazione definitiva, avrebbe consentito all’aggiudicataria una tardiva integrazione della documentazione di gara; tale condotta avrebbe integrato gli estremi di un irrituale ed inammissibile soccorso istruttorio, la cui attivazione sarebbe irrimediabilmente preclusa all’amministrazione dopo l’adozione dell’aggiudicazione definitiva.

La tesi non è condivisibile.

Con nota trasmessa allo Studio Legale Fraccastoro in data 5 febbraio 2016, la Consip ha specificato che, in autotutela, ha provveduto ad annullare l'aggiudicazione definitiva del 28 dicembre 2015, provvedendo a richiedere, in accordo con quanto previsto nella lex specialis di gara, i curricula dei professionisti che sarebbero stati impegnati nell'appalto. La stazione appaltante ha specificato che tale circostanza è giustificata dal fatto che non sussistevano cause di esclusione in ordine all'inadempimento procedurale commesso dallo Studio Legale Capece Minutolo – Giuliani.

Successivamente, con nota dell'8 febbraio 2016, la stazione appaltante ha comunicato al costituendo RTI Fraccastoro – Fortunato – Guzzo l'aggiudicazione definitiva efficace della gara nei confronti dello Studio Legale Capece Minutolo Giuliani che ha offerto il prezzo totale di euro 63.200,00.

L'iter seguito dalla Consip non è illegittimo.

La Consip – a cui la Sogei Spa, con apposita convenzione stipulata in data 12 aprile 2013, ha affidato le attività relative al processo di approvvigionamento per le acquisizioni di beni e di servizi, ivi comprese le attività connesse e strumentali – ha invitato, tra gli altri, lo studio legale Fraccastoro e lo studio legale controinteressato a sottoporre la propria offerta per l'affidamento del servizio di supporto legale in ambito stragiudiziale per Sogei Spa per una durata pari a dodici mesi a decorrere dalla data di stipula del contratto di incarico.

La stazione appaltante ha previsto, al punto 5, modalità di aggiudicazione della gara, del documento allegato alla richiesta di offerta che “la Società risultata prima nella graduatoria provvisoria, dovrà presentare, prima dell'aggiudicazione definitiva il C.V. dei Professionisti che svolgeranno il servizio”.

Ne consegue che l'avvenuta aggiudicazione definitiva in un momento antecedente alla presentazione dei curricula non può essere imputata ad un'omissione del concorrente primo in graduatoria, ma ad un'illegittima attività amministrativa che ha proceduto all'aggiudicazione in assenza della detta presentazione, sicché del tutto correttamente, in assenza di un termine perentorio per la produzione dei curricula, la stazione appaltante, in data 19 gennaio 2016, ha provveduto ad annullare in autotutela la prima aggiudicazione definitiva in favore del migliore offerente.

Va da sé, invece, che, non essendo prevista la omessa presentazione dei curricula in un termine perentorio come causa di esclusione, la stazione appaltante non avrebbe potuto legittimamente escludere la concorrente facendo gravare su di essa un onere di produzione tempestiva non previsto dalla disciplina di gara.

In altri termini, la Consip, nell'annullare il primo provvedimento di aggiudicazione e nel richiedere alla Associazione Professionale controinteressata i curricula, non ha attivato alcun soccorso istruttorio, ma ha corretto una illegittimità dell'operato proprio (e non un'irregolarità commessa dal concorrente) per seguire il procedimento che la lex specialis di gara ha delineato e, nel rispetto di tale dinamica procedimentale, ha adottato il provvedimento di aggiudicazione definitiva in questa sede impugnato.

1.2 La parte ricorrente ha dedotto che tra i cinque professionisti individuati nei curricula prodotti dalla controinteressata figurerebbe solo uno dei due soci dell'Associazione professionale, ovvero l'avv. Valentino Capece Minutolo del Sasso, mentre gli altri 4 curricula prodotti apparterrebbero ad avvocati che non fanno parte dell'Associazione Professionale, sicché, non avendo dichiarato nell'offerta di voler ricorrere al subappalto per l'esecuzione del servizio, la controinteressata avrebbe assunto l'impegno ad eseguire personalmente tutte le prestazioni oggetto dell'affidamento, affidando al solo avv. Capece Minutolo lo svolgimento di tutta l'attività riconducibile alle tre figure professionali di partner, avvocato senior ed avvocato junior.

La prospettiva non può essere condivisa.

Il Collegio ritiene, come già rappresentato in fase cautelare, che l'Associazione Professionale controinteressata non abbia proceduto a subappaltare in parte la prestazione, atteso che l'istituto del subappalto presuppone l'organizzazione delle risorse e dei mezzi a proprio rischio da parte del subappaltatore.

Diversamente, la volontà di avvalersi di un gruppo di lavoro comprendente professionisti non soci dello studio legale sembra presupporre che l'organizzazione del lavoro sia curata dal concorrente a proprio rischio, sia pure avvalendosi di professionisti che non rivestono la qualità di soci dello studio legale.

D'altra parte, in nessuna parte del capitolato tecnico è previsto che gli avvocati senior e junior indicati quali componenti del gruppo di lavoro, che non siano soci dello studio legale del partner, debbano essere sic et simpliciter qualificati come subappaltatori.

Il punto 5 del capitolato tecnico ha stabilito che la Società aggiudicataria dovrà garantire l'impegno per tutto il periodo contrattuale delle seguenti figure professionali: partner; avvocato seniore; avvocato junior.

Il partner, prosegue il capitolato tecnico, garantisce la pianificazione delle attività richieste da Sogei, assicurando piena coerenza con le linee strategiche definite in accordo con la Sogei stessa, e la corretta esecuzione delle attività contrattuali in cui è coinvolto, apportando le proprie conoscenze ed esperienze nel rispetto di quanto stabilito nel piano di lavoro.

Il punto 7 del documento allegato alla richiesta di offerta, nell'ammettere il subappalto nella misura non superiore al 30% dell'importo contrattuale e nel rispetto dei limiti e delle disposizioni di cui all'art. 118 d.lgs. n. 163 del 2006, stabilisce che il subappalto non comporta alcuna modificazione agli obblighi ed agli oneri dell'aggiudicatario che rimane unico e solo responsabile nei confronti della Sogei per le prestazioni subappaltate.

Tuttavia, nei rapporti interni tra Società aggiudicataria e Società subappaltatrice sussistono obblighi reciproci e, al pari dell'aggiudicatrice, anche la subappaltatrice dispone di una propria organizzazione lavorativa, mentre se il partner si avvale di un gruppo di lavoro, sebbene costituito da professionisti non soci dello studio, l'unità organizzativa è una ed una sola e non sussiste alcun rapporto tra soggetti autonomi come nel caso del subappalto.

Il contratto di appalto, infatti, come ben evidenziato dalla controinteressata nel ricorso incidentale proposto, postula che l'appaltatore assuma, con organizzazione di mezzi e persone ritenute necessarie e con gestione a proprio rischio, l'obbligazione di prestare un servizio per il committente, mentre il contratto di subappalto presuppone che l'appaltatore affidi ad un soggetto terzo l'esecuzione in tutto o in parte del servizio, il quale viene realizzato in maniera autonoma dal subappaltatore con organizzazione dei mezzi e delle risorse dallo stesso ritenute opportune e a proprio rischio.

Nel caso di specie, pertanto, non ricorre la figura del subappalto in quanto, non avendo dichiarato di voler subappaltare la prestazione, lo studio legale aggiudicatario ha assunto in via diretta l'obbligazione di prestare in favore di Sogei il servizio oggetto di gara con un proprio gruppo di lavoro e, quindi, con organizzazione e gestione a totale proprio rischio e senza alcuna organizzazione autonoma del servizio da parte degli altri professionisti componenti del gruppo, ancorché non soci dello studio.

Ne consegue che, in base alla disciplina di gara, non assume alcun rilievo il chiarimento reso dalla stazione appaltante in esito alla richiesta n. 19, che pure ha formato oggetto di ricorso incidentale da parte dell'Associazione Professionale controinteressata.

1.3 La parte ricorrente ha sostenuto che, in sede di offerta economica, la controinteressata avrebbe omissis l'indicazione degli oneri per la sicurezza aziendale, indicazione richiesta a pena di esclusione dalla lex specialis di gara, per la quale non sarebbe ammissibile il soccorso istruttorio.

La tesi non è persuasiva.

L'allegato 4 "offerta economica" alla richiesta di offerta dispone che la dichiarazione avrebbe dovuto contenere, a pena di esclusione dalla gara, tra l'altro, la dichiarazione conforme di cui alla parte B nella quale devono essere espressi "l'importo complessivo delle misure di adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza da sostenere per la commessa, nonché le informazioni di dettaglio che hanno determinato la valorizzazione del predetto importo complessivo".

Tuttavia, come già rilevato in sede cautelare, l'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B, tra cui i servizi legali, è disciplinata esclusivamente dall'articolo 68 (specifiche tecniche), dall'articolo 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento), dall'articolo 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati), sicché la previsione di esclusione di cui all'allegato 4 – offerta economica della lex specialis di gara, che potrebbe assumere rilievo per la omissis dichiarazione degli importi in materia di salute e sicurezza, è nulla ai sensi dell'art. 46, co 1 bis, d.lgs. n. 163 del 2006, non essendo la stessa prevista da fonti normative primarie o secondarie.

Ne consegue che, legittimamente, la stazione appaltante non ha escluso dalla gara la controinteressata la quale, nei chiarimenti resi in data 9 ottobre 2015 in ordine all'offerta economica presentata, ha precisato, relativamente ai costi della sicurezza, da un lato, che, in ragione delle previsioni di cui agli artt. 26, 28 e 29 d.lgs. n. 81 del 2008, per gli studi

professionali tale voce non è variabile in ragione del fatturato, ma è una spesa fissa che viene sostenuta indipendentemente dalla commessa e non muta in ragione della stessa, dall'altro, che tale costo variabile in ragione degli adempimenti e delle scadenze periodiche è quantificabile mediamente in circa euro 2.500,00/anno.

1.4 La ricorrente ha ancora prospettato che i chiarimenti resi dalla controinteressata nel tentativo di giustificare l'offerta economica presentata non ne avrebbero in alcun modo dimostrato la congruità in quanto generici ed indeterminati.

La censura non può essere condivisa.

Il Collegio, in primo luogo, rileva che la stazione appaltante può ben ritenere sufficienti i chiarimenti resi attraverso un rinvio sostanzialmente per relationem agli stessi, diversamente dal caso in cui, concludendo il sub procedimento con una valutazione di inaffidabilità dell'offerta, è tenuta a motivare analiticamente sulle ragioni che hanno indotto a concludere per l'anomalia dell'offerta e ad escludere la stessa dalla gara.

La valutazione sulla congruità dell'offerta, inoltre, è espressione di discrezionalità tecnica e, in quanto tale, è opinabile e può essere sindacata in sede di legittimità solo per manifesta illogicità o travisamento dei presupposti di fatto, figure sintomatiche dell'eccesso di potere che nella fattispecie non è possibile riscontrare, altrimenti verificandosi una inammissibile sostituzione del potere giurisdizionale al potere amministrativo.

In altri termini, affinché la determinazione amministrativa frutto di discrezionalità tecnica sia legittima è sufficiente che la stessa sia logicamente plausibile e basata su una corretta rappresentazione dei fatti, atteso che, ove il giudice volesse sostituire alla valutazione opinabile dell'amministrazione una propria valutazione parimenti opinabile, si configurerebbe un'interferenza giurisdizionale nel merito amministrativo consentita dall'ordinamento nei soli tassativi casi di giurisdizione con cognizione estesa al merito.

Lo studio legale Capece Minutolo – Giuliani, con nota del 24 novembre 2015, ha analiticamente fornito le giustificazioni relative alle voci di prezzo che hanno concorso a formare l'offerta.

In particolare, ha precisato che “in ragione della specificità dell'appalto in questione, avente ad oggetto il servizio di supporto legale in ambito stragiudiziale ... a differenza dell'appalto di lavori pubblici o di forniture, nella fattispecie l'offerta di opera intellettuale non comporta un costo per l'acquisto di materie prime o di materiali” e che “il prezzo del presente appalto è costituito soltanto dal costo del personale dipendente impiegato che, come già precisato nei chiarimenti forniti in data 9 ottobre 2015, è rappresentato dalla segreteria (che verrà solo parzialmente utilizzato per la specifica commessa)”.

Tra l'altro, in tale sede, la controinteressata ha altresì specificato che “relativamente alle figure professionali impiegate ... non essendo per sua natura il rapporto con i collaboratori dello studio di tipo parasubordinato, il corrispettivo richiesto nell'offerta sarà proporzionalmente suddiviso tra le figure professionali incaricate”.

Inoltre, lo Studio legale interessato ha posto in rilievo che “l’offerente gode di particolari condizioni favorevoli che portano alla riduzione del costo giornaliero delle figure professionali impiegate ... è stato tenuto in considerazione (al momento in cui è stata effettuata l’offerta economica) che il costo dei materiali per il servizio cui farà affidamento il personale non sarà significativo” in quanto “tale elemento di costo è rappresentato dal materiale e dai supporti giuridici di cui l’associazione professionale offerente è in possesso (abbonamenti a riviste giuridiche e giurisprudenza, software, programmi ecc.), che non subirà incremento per tale commessa. L’associazione professionale ha dunque già disponibilità del materiale e dei supporti sia giuridici e sia tecnologici, che sono stati considerati nell’analisi di prezzo”.

In definitiva, non sussiste una adeguata dimostrazione probatoria della manifesta illogicità della determinazione adottata dalla stazione appaltante in presenza dei puntuali chiarimenti resi dallo studio legale interessato.

Per altro verso, il numero dei professionisti da applicare all’appalto non è stato specificato nella domanda di partecipazione, in cui la controinteressata ha fatto esclusivo riferimento alle figure professionali (partner, senior, junior), ai giorni uomo (rispettivamente, 32, 96 e 280) ed ai prezzi unitari e complessivi offerti, mentre nei primi chiarimenti, resi in data 9 ottobre 2015, ha specificato che, oltre al personale di segreteria, sarebbero state utilizzate alternativamente 4 figure professionali.

Parimenti, la controinteressata, nella propria memoria difensiva, ha evidenziato che, nel trasmettere i curricula dei componenti il gruppo di lavoro, ha rappresentato che “il team sarà composto da 4 componenti che saranno individuati nell’ambito dei collaboratori in ragione delle necessità di Sogei”.

Pertanto, nessuna aleatorietà sembra emergere nella formulazione dell’offerta da parte della controinteressata, tale da far effettivamente dubitare dell’affidabilità della stessa.

1.5 Va da sé, infine, che l’Associazione professionale aggiudicataria, non essendo soggetta, in ragione del numero dei dipendenti occupati, inferiore a 15, all’art. 3 della legge n. 68 del 1999, non ha ommesso alcuna dichiarazione in ordine al rispetto delle disposizioni in materia di diritto al lavoro dei disabili ai sensi della legge n. 68 del 1999.

Una diversa esegesi del sistema, tale da obbligare a rendere a pena di esclusione dalla gara la dichiarazione anche all’impresa che non rientri nell’ambito di applicazione della norma, infatti, si rivelerebbe del tutto formalistica e contraria al principio del favor participationis, funzionale sia alla tutela della libertà di concorrenza tra le imprese sia all’individuazione della scelta del miglior contraente della stazione appaltante, laddove l’esclusione dalla gara può essere disposta solo ove le previsioni della lex specialis siano poste a tutela di un interesse pubblico effettivo e rilevante.

2. La reiezione del ricorso principale determina l’inammissibilità del ricorso incidentale proposto dalla controinteressata atteso che il suo eventuale accoglimento non sarebbe in grado di produrre alcuna utilità per stessa.

3. Le spese del giudizio seguono la soccombenza e, liquidate complessivamente in euro 3.000,00 (tremila/00), oltre oneri di legge, sono poste a carico della parte ricorrente principale ed in favore, in parti uguali, della stazione appaltante e della controinteressata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Seconda, così provvede sul ricorso in epigrafe:

respinge il ricorso principale;

dichiara inammissibile il ricorso incidentale.

Condanna la parte ricorrente principale al pagamento delle spese del giudizio, liquidate complessivamente in euro 3.000,00 (tremila/00), oltre oneri di legge, in favore, in parti uguali, della stazione appaltante e della controinteressata.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 giugno 2016 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Silvia Martino, Consigliere

Roberto Caponigro, Consigliere, Estensore