

L'illegittimità del Bando Consip per la mancata suddivisione in lotti dei (propri) servizi di advisory strategico e di consulenza legale

di Patrizio Leozappa

Data di pubblicazione: 13-7-2017

1. Sussiste l'onere d'immediata impugnazione del bando di gara pubblica per contestare clausole impeditive dell'ammissione dell'interessato alla gara o anche solo impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale, ovvero che rendano ingiustificatamente più difficoltosa per i concorrenti la partecipazione alla gara. E ciò a prescindere dalla presentazione della domanda di partecipazione alla procedura.
2. La condizione professionale di avvocato costituisce titolo sufficiente a radicare sia la legittimazione sia l'interesse per agire in giudizio per l'impugnazione di un siffatto bando di gara, non introducendo la disciplina che regola la qualifica di specializzazione di cui all'art. 9 della l. 31 dicembre 2012, n. 247 alcuna privativa o esclusiva della materia.
3. In tema di servizi di consulenza legale è illegittimo il bando di gara in ragione della mancata suddivisione in lotti della gara, qualora lo stesso sia finalizzato all'affidamento

di servizi tra loro eterogenei, quali i servizi di: (i) advisory strategico; (ii) implementazione operativa delle iniziative individuate; (iii) consulenza legale, trattandosi di tipologia di servizi non specifiche, le cui così consistenti dimensioni economiche avrebbero dovuto indurre al frazionamento in più lotti per non limitare la partecipazione alla gare degli operatori del settore, in danno dei principi di concorrenza e *favor participationis*, buon andamento dell'amministrazione, ragionevolezza e proporzionalità.

(1) **conforme:** Cons. Stato, Sez. V, 16 gennaio 2015, n. 92; id., 20 novembre 2015, n. 5296; id. 6 giugno 2016 n. 2359.

(3) **conforme:** Cons. Stato, V, 6 marzo 2017, n. 1038.

La sentenza in commento ha definito la controversia scaturita dall'impugnazione da parte di un avvocato del libero foro del bando con il quale Consip S.p.A. ha indetto la "Gara a procedura aperta per l'affidamento di servizi professionali a supporto delle attività di Consip Spa", per la durata di 36 mesi prorogabili per altri 12 e con base di gara di € 23.775.000,00 oltre Iva. Si trattava, in particolare, di servizi eterogenei e, cioè, di (i) advisory strategico; (ii) implementazione operativa delle iniziative individuate; (iii) consulenza legale. Al fine della

partecipazione alla gara venivano richiesti:

- elevati, se non eccessivi, requisiti di ammissione, relativi agli ultimi tre esercizi finanziari;
- l'associazione, sotto forma di un raggruppamento temporaneo, di operatori economici;
- un fatturato globale non inferiore ad € 20.000.000, iva esclusa;
- un fatturato specifico per servizi di consulenza strategico-organizzativa in ambito *procurement*, sia privato che pubblico, non inferiore ad € 3.000.000,00, iva esclusa;
- un fatturato per servizi legali nel diritto amministrativo non inferiore ad € 2.000.000,00, iva esclusa, di cui almeno € 1.000.000,00 conseguiti per prestazioni di assistenza e di consulenza stragiudiziale legale in materia di contratti pubblici.

Il TAR Lazio, Sez. II, con sentenza n. 9952 del 27 settembre 2016, pur ritenendo il ricorso ammissibile, atteso il carattere ostativo delle clausole di partecipazione alla gara, lo giudicava infondato in relazione alle censure che investivano sia il mancato frazionamento in lotti delle varie prestazioni dal carattere differente, sia i requisiti richiesti, in specie di fatturato, asseritamente abnormi, trattandosi di elementi che, afferendo ai contenuti del bando di gara, la Stazione Appaltante sarebbe stata libera di determinare discrezionalmente.

Il Consiglio di Stato, chiamato a pronunciarsi sulla correttezza di siffatta pronuncia, ha condiviso le considerazioni della sentenza di primo grado sotto il profilo dell'ammissibilità del ricorso e, dunque, dell'onere di immediata impugnazione del bando di gara, che sussiste allorché – come nel caso in commento – le clausole della *lex specialis* prevedano requisiti di partecipazione *ex se* ostativi all'ammissione dell'interessato, vale a dire autonomamente ed immediatamente escludenti.

A tal proposito ha evidenziato come la giurisprudenza consolidata assuma sussistente l'onere d'immediata impugnazione del bando per contestare clausole di per sé impeditive dell'ammissione dell'interessato alla gara o solo impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura, ovvero che rendano ingiustificatamente più difficoltosa per i concorrenti la partecipazione alla gara. **In tali casi, infatti, già la pubblicazione del bando genera una lesione della situazione giuridica per chi intenda partecipare alla gara ma non può concorrervi in ragione della barriera all'ingresso posta da clausole siffatte.**

Nella specie, una preclusione all'accesso alla gara da parte di un avvocato è stata ravvisata nella richiesta dei requisiti di fatturato caratterizzati dalle soglie anzidette. È stato inoltre ritenuto che i predetti livelli economici fossero di dimensioni tali da superare una proporzione che sia indice di qualità professionale e che la sommatoria delle pregresse prestazioni richieste comporta un'effettiva ed eccessiva restrizione della platea dei concorrenti. Di tal che sussiste l'onere di immediata impugnazione di tali clausole, essendo palese la barriera all'ingresso del mercato dalle stesse costituita. E ciò anche a prescindere, si ponga attenzione, dalla presentazione della domanda di partecipazione, la quale nel caso di specie

avrebbe assunto solo un carattere formale e dunque non necessario a radicare il bisogno di giustizia.

Il Supremo Consesso ha poi ritenuto, in punto di interesse, che **la condizione professionale di avvocato costituisca**, in un simile caso, **titolo necessario ma ad un tempo sufficiente a radicare sia la legittimazione sia l'interesse per agire in giudizio.**

Qualsiasi avvocato, infatti, è giuridicamente abilitato dalla legge forense alle prestazioni in contesa. Una «specializzazione» formalizzata ai sensi dell'art. 9 della l. 31 dicembre 2012, n. 247, recante *“Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense”*, non solo non era richiesta dalla *lex specialis* della gara ma, in ogni caso, non avrebbe potuto assurgere a requisito di partecipazione alla gara stessa, atteso che, anche a prescindere dal parziale annullamento, ad opera della sentenza n. 4426/2016 del TAR Lazio (ancora *sub iudice* in appello), del Regolamento di attuazione di cui al D.M. 12 agosto 2015, è lo stesso art. 9 citato, al comma 7, a disporre che *«Il conseguimento del titolo di specialista non comporta riserva di attività professionale»*.

D'altra parte il bando non prevedeva altre referenze di ordine qualitativo. A tale riguardo, il Collegio ha osservato che non porta ad una diversa conclusione *“la circostanza, di mero fatto e dunque non di certificabile potenziale professionale, che il settore amministrativo nel quale il ricorrente soprattutto esercita abitualmente la professione, fosse diverso dalla contrattualistica pubblica. Questo elemento esperienziale-qualitativo non era richiesto, ammesso che fosse compatibile con l'ordinamento forense e comunque dimostrabile. Del resto, la specialità dell'avvocato corrisponde a un criterio di fatto che come si è visto non trova riscontro certificativo esclusivo in base alle norme di legge sulla professione di avvocato: queste, tranne che gli abilitati al patrocinio presso le giurisdizioni superiori, non tracciano privative per specialità nell'ambito dell'attività legale”*.

Quanto al nucleo centrale della controversia, il Collegio ha osservato che la Stazione appaltante, che è una società *in house*, integralmente partecipata dal MEF, invece che procedere alla suddivisione in lotti sia qualitativamente, sia quantitativamente differenziati, ha bandito una gara in unico lotto che riguarda promiscuamente il servizio di consulenza strategica, organizzativa, legale e merceologica, volto a supportare le sue attività.

Sicché, nel rigettare le conclusioni del primo giudice, ha statuito che siffatta previsione è censurabile sotto due profili, atteso che essa travalica i limiti di concorrenza, ragionevolezza e proporzionalità che segnano il confine dell'insindacabilità che connota la discrezionalità di cui gode l'Amministrazione nella predisposizione del bando di gara. In particolare è stata ritenuta:

(i) immotivata ed irragionevole la scelta *“per quella che si presenta come la centrale di committenza dell'amministrazione pubblica italiana”* di accorpate in un'unica gara (c.d. lotto unico o 'macrolotto, di ben 23 milioni di euro) una tipologia di servizi (per di più non specifica, visto il carattere ancora generale delle prestazioni), le cui così consistenti dimensioni economiche avrebbero dovuto indurre e imporre il frazionamento in più lotti delle prestazioni. E ciò al fine di non restringere irrazionalmente la partecipazione alla gare degli operatori del settore, in danno dei principi di concorrenza e *favor participationis*, buon andamento

dell'amministrazione, ragionevolezza e proporzionalità;

(ii) non adeguatamente giustificata la scelta di accorpare l'attività professionale propria dell'avvocato con attività di diverso ordine e natura, esercitabili come attività d'impresa e di fatto esercitate solo da un numero limitatissimo di soggetti.

Sotto tale ultimo profilo, è stato correttamente osservato che l'esigenza di coordinare le attività in parola nell'interesse del committente è circostanza di per sé fisiologica. Ciò nonostante tale esigenza, attesa anche l'assenza di ogni specificità delle prestazioni in gara, *“si manifesta, per il se e per il come, di volta in volta, vale a dire in sede di esecuzione delle rispettive prestazioni contrattuali: come del resto avviene normalmente in riferimento a qualsiasi committente quando si avvale di più servizi di diverso genere, che debbono cooperare per la miglior cura del suo interesse”*. In tale quadro il Collegio, in applicazione del principio di ragionevolezza, ha ritenuto illegittima la scelta di tutelare l'asserita esigenza di coordinamento *a priori*, attenendo semmai tale esigenza alla fase dell'esecuzione delle prestazioni e postulando quindi essa, per ciò stesso, una modulabilità in ragione dell'esigenza del caso di volta in volta in esame.

In altri termini, non trattandosi di una prestazione unica, bensì di due diversi servizi da coordinare in fase di esecuzione, sotto la supervisione del responsabile del procedimento e secondo le direttive della Committente, gli stessi non erano sussumibili in un accordo-quadro, peraltro precluso dall'art. 59, comma 1, d.lgs. n. 163/2006.

Nella specie, inoltre, la legge di gara richiedeva un previo raggruppamento temporaneo, all'uopo costituito e, cioè, *“una formula organizzativa che, in pratica, esternalizzava anche le scelte sul coordinamento in concreto, all'origine solo richiedendo una configurazione in raggruppamento: per di più del tutto autonoma: vale a dire, si esternalizzava una facoltà di scelta dell'altro - altrimenti propria del committente - da esplicitare altrove e autonomamente. Detto altrimenti, si rimetteva alla libertà degli interessati anche la scelta del partner, di altro settore professionale, con cui presentarsi insieme alla gara”*.

Siffatto *modus procedendi*, pur essendo previsto dall'ordinamento, è stato dunque ritenuto illegittimo, nel caso di specie, a cause delle implicazioni restrittive della concorrenza che ne caratterizzavano la declinazione operata dalla Stazione appaltante nelle previsioni della disciplina di gara.

In conclusione il Collegio ha disapprovato nella fattispecie l'uso distorto della discrezionalità amministrativa e dunque l'alterazione, in senso sproporzionatamente restrittivo, della concorrenza che ne è conseguita, stigmatizzando la scelta della centrale unica di committenza di accomunare prestazioni di genere del tutto diverso e di imporre requisiti di fatturato irragionevolmente elevati. Riprova di ciò, secondo i Giudici di Palazzo Spada, è costituita dall'effetto a valle di tali scelte, concretizzatosi nella partecipazione alla gara di soli tre raggruppamenti concorrenti, costituiti da realtà preminenti a livello mondiale nei settori delle valutazioni contabili, della fiscalità, delle transazioni commerciali, della consulenza gestionale strategica e operativa, nonché dei servizi di investimento e di pianificazione finanziaria.

Il che ha indubbiamente creato un'indebita quanto ingiustificata barriera all'ingresso alla

gara *de qua*, in aperta e frontale violazione dei principi pro concorrenziali di matrice eurounitaria, che costituiscono, in definitiva, la *ratio* e il fondamento giuridici del procedimento di evidenza pubblica.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8633 del 2016, proposto da:
Calcioli Filippo, rappresentato e difeso dall'avvocato Gianluigi Pellegrino, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, corso del Rinascimento, 11;

contro

Consip s.p.a., rappresentata e difesa dall'avvocato Alberto Bianchi, con domicilio eletto presso l'avvocato Marco Selvaggi in Roma, via Nomentana, 76;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II n. 9952/2016, resa tra le parti, concernente l'affidamento di servizi professionali di *advisory* strategico, implementazione operativa delle iniziative individuate e consulenza legale;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'appello incidentale di Consip s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 maggio 2017 il Cons. Raffaele Prospero e uditi per le parti gli avvocati Pellegrino, e Selvaggi per delega di Bianchi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Risulta dagli atti che con l'impugnata delibera relativa al bando di gara ID 1700 [*Gara a procedura aperta per l'affidamento di servizi professionali a supporto delle attività di Consip Spa*], pubblicato il 18 marzo 2016, Consip s.p.a. poneva in gara, cumulativamente, l'affidamento dei servizi di: (i) *advisory* strategico; (ii) implementazione operativa delle iniziative individuate; (iii) consulenza legale.

Ai fini dell'ammissione alla gara, il contestato bando stabiliva i seguenti requisiti di capacità economica in rapporto agli ultimi tre esercizi finanziari:

- a. Fatturato globale non inferiore ad €. 20.000.000, iva esclusa:
- b. Fatturato specifico per servizi di consulenza strategico – organizzativa in ambito *procurement* sia privato che pubblico non inferiore ad €. 3.000.000,00, iva esclusa;
- c. Fatturato per servizi legali nel diritto amministrativo non inferiore ad €. 2.000.000,00, iva esclusa, di cui almeno €. 1.000.000,00 conseguiti per prestazioni di assistenza e di consulenza stragiudiziale legale in materia di contratti pubblici.

Era prevista l'attribuzione di 70 punti all'offerta tecnica e 30 all'offerta economica.

L'avvocato Filippo Calcioli - titolare di un studio legale specializzato in diritto civile, amministrativo e dei pubblici contratti - impugnava detto bando al Tribunale amministrativo del Lazio, vantando una aspettativa ad ambire, tra gli altri, gli affidamenti dei servizi di consulenza legale da parte delle stazioni appaltanti e così di Consip s.p.a., lamentando che i detti criteri di assegnazione e la formula per l'assegnazione dei punteggi economici sarebbero stati articolati in modo e a livelli tali da svilire in modo abnorme il rilievo del ribasso, che le attività prestazionali messe a gara avevano in realtà autonomia funzionale e organizzativa e che pertanto non era giustificata la scelta di strutturare l'offerta di gara in un unico cumulativo lotto; e ancora dolendosi dell'indeterminatezza dell'oggetto del contratto-quadro, che restava variabile in ragione delle singole prestazioni a seconda delle necessità e con una serie numericamente limitata di ipotesi per l'aggiudicatario di esentarsi dalle prestazioni, prestazioni da definirsi solo in caso di accettazione della singola occasione nel corso dei trentasei mesi totali del rapporto, mentre i requisiti erano commisurati ad una base d'asta pari ad €. 23.775.000,00 al netto dell'iva.

Premesso che i servizi di consulenza legale erano sostanzialmente preclusi all'operatore di settore in quanto riservati ad affidatari dotati di altissimi requisiti, venivano in dettaglio sollevate le seguenti censure:

1. Violazione art. 2 del *Codice dei contratti pubblici* del 2006. Violazione di fondamentali principi in tema di evidenza pubblica. Eccesso di potere. Violazione di legge.

II. Violazione e falsa applicazione dell'art. 59 dello stesso *Codice dei contratti pubblici*.

Consip s.p.a. si costituiva in giudizio, eccependo l'inammissibilità del ricorso per mancata presentazione da parte del ricorrente della domanda di partecipazione, della dimostrazione del possesso dei requisiti di ammissione e diffondendosi, nel merito, nella difesa delle ragioni del bando dipendenti dalle connessioni tra le differenti prestazioni poste in gara, in conseguenza della propria ragione sociale - centrale di committenza per tutte le p.a.; ed eccependo l'inammissibilità delle ulteriori censure perché avverso clausole non immediatamente escludenti.

La sentenza 27 settembre 2016, n. 9952 del Tribunale amministrativo del Lazio, che respingeva il ricorso, esaminava dapprima l'eccezione di inammissibilità per difetto di interesse riguardo all'asserito onere di immediata impugnazione del bando di gara, che riteneva infondata perché le clausole della *lex specialis* prevedevano requisiti di partecipazione *ex se* ostativi all'ammissione dell'interessato e si configuravano come immediatamente escludenti. Rilevava che l'avvocato Calcioli non possedeva i requisiti di ammissione prescritti per conseguenza della mancata suddivisione in lotti, impedendo in buona sostanza la legge di gara l'immediata partecipazione degli studi legali rispetto alle società di *advisory*.

Quindi, considerata l'infondatezza dell'eccezione per la determinazione dell'oggetto dell'affidamento – che si riverberava sui requisiti di ammissione e quindi sulla possibilità di partecipazione – l'eccezione di inammissibilità andava per la sentenza invece condivisa relativamente alle censure sulla formula economica e la valutazione dell'offerta tecnica, trattandosi di clausole la cui idoneità a produrre un'effettiva lesione era valutabile solo all'esito della procedura selettiva.

Nel merito la sentenza, rilevato che il nucleo della controversia risiedeva nel verificare se il servizio di *advisory* strategico e il servizio di supporto legale fossero scindibili; quindi se, in adempimento all'art. 2, comma 1–*bis* d.lgs. n. 163 del 2006 (applicabile *ratione temporis* alla fattispecie), andavano aggiudicati mediante lotti separati, o comunque mediante distinte procedure di selezione.

In effetti – assume la sentenza - l'affidamento delle commesse pubbliche dovrebbe essere ormai caratterizzato da un accentuato *favor* per le piccole e medie imprese (c.d. PMI) [oggi compiutamente disciplinato dal nuovo codice degli appalti pubblici, d.lgs. n. 50 del 2016], giusta l'art. 2, comma 1–*bis* d.lgs. n. 163 del 2006, come modificato dal d.-l. 6 luglio 2012, n. 95 (*Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini*), convertito dalla l. 7 agosto 2012, n. 135, previsione che non elide la discrezionalità della stazione appaltante nella determinazione del contenuto del bando di gara: questa inerisce al merito dell'azione amministrativa e si sottrae al sindacato del giudice amministrativo, salva la manifesta irragionevolezza o irrazionalità; la regola vale anche per la scelta di suddividere l'appalto in lotti.

Nel caso di specie, oggetto dell'appalto era «l'affidamento del servizio di consulenza strategica, organizzativa, legale e merceologica, volto a supportare le attività di Consip

s.p.a.» per l'importo globale massimo pari a euro 23.775.000,00. Il capitolato tecnico precisava che l'erogazione dei servizi sarebbe dovuta avvenire secondo i principi di «*proattività e innovatività [...] condivisione degli obiettivi e del rischio inerente; garanzia della qualità dell'affidamento attraverso un approccio integrato e non frammentato nella gestione del "processo produttivo" del supporto specialistico*».

La sentenza descriveva analiticamente i compiti dell'aggiudicatario, scandendo il capitolato di gara, ma ravvisando una sostanziale complessità unitaria di fondo; perciò stimava che «*nel caso di specie, il capitolato tecnico rende evidente che Consip ha inteso acquisire un servizio a contenuto complesso, inserito in un quadro articolato di attività professionali organizzate in forma imprenditoriale, allo scopo di supportare e implementare i tre ambiti di intervento in cui attualmente opera. Appariva quindi dubbio che tale obiettivo potesse essere efficacemente perseguito attraverso il conferimento diretto di singoli incarichi fiduciari, legati a necessità contingenti*».

Su tale base, la sentenza escludeva la fondatezza dell'assunto che il servizio di supporto legale avrebbe potuto essere affidato soltanto sulla base di specifiche esigenze da individuare di volta in volta dalla stazione appaltante; e negava fondatezza all'assunto che erano stati giustapposti servizi eterogenei: i quali in realtà erano caratterizzati da organizzazioni autonome e distinte ma con àmbiti (consulenza strategica, organizzativa, legale e merceologica) destinati a coordinarsi in un modello organizzativo caratterizzato da un "approccio integrato".

La sentenza reputava infine inammissibili le censure sulla remunerazione del merceologo, e quelle sulla quota di remunerazione "sospesa" in funzione del conseguimento degli "obiettivi di risultato aziendale", in quanto svolte da un soggetto privo dei requisiti soggettivi di ammissione alla gara.

Alla stregua del principio per cui la scelta di suddividere l'appalto in lotti compete alla stazione appaltante, la sentenza affermava che l'Amministrazione, valutata l'autonomia funzionale dei singoli lotti, aveva esercitato una valutazione discrezionale che non offriva sponde a censure di legittimità. E questo sebbene gravi su di essa di individuare i vantaggi economici o organizzativi che derivano dall'opzione per il lotto unico e di livello tale da risultare prevalente sull'esigenza di garantire l'accesso alle pubbliche gare anche a imprese di piccole dimensioni -

Con appello in Consiglio di Stato proposto il 7 novembre 2016, l'avvocato Filippo Calcioli impugna la sentenza e solleva censure in primo luogo sul mancato frazionamento in lotti funzionali - procedura un tempo seguita – corrispondenti a prestazioni differenti facenti capo a distinte professionalità, attesa l'evidente eterogeneità di quanto richiesto: questa eterogeneità poi porta all'inevitabile indeterminatezza dell'oggetto del contratto da stipulare pur esaurita la procedura di gara.

L'appellante insiste anche che una tale scelta non era accompagnata da un'adeguata motivazione sull'effettiva e concreta convenienza economica; e che in ogni caso il bando è tale per cui la platea dei concorrenti è stata ristretta a un minimo numero di società di consulenza per i pagamenti, facilmente individuabili in spregio ai principi generali in materia di gare pubbliche.

In secondo luogo, rileva l'appellante, il contratto posto in gara ha le caratteristiche del vietato (per i servizi intellettuali: art. 59 d.lgs. n. 163 del 2006) *accordo-quadro* configurato dagli artt. 3, comma 13, e 59 d.lgs. n. 163 del 2006. Per di più con il 20% del corrispettivo d'aggiudicazione è conseguibile solo dopo la negoziazione degli "obiettivi di risultato aziendale" di Consip (schema di contratto, art. 10, comma 3), sicché con incertezza di quantità per intero, e di prezzo per almeno il 20%; e considerando che in realtà l'incertezza sulla quota di prezzo è superiore al 20% perché è Consip si riserva senza limiti di concludere, nell'ambito dell'importo complessivo del contratto, specifici accordi "a corpo", con corrispettivi da negoziare tra le parti attività, e da fatturarsi per stati di avanzamento (schema di contratto, art. 7, comma 5 e Capitolato tecnico, par. 4).

L'avvocato Filippo Calcioli conclude per l'accoglimento dell'appello con vittoria di spese.

Consip s.p.a. si è costituita in giudizio spiegando appello incidentale, notificato il 7 dicembre 2016, dove sostiene l'inammissibilità del ricorso perché il ricorrente non aveva partecipato alla gara; e per la carenza dei requisiti di partecipazione alla gara quanto a fatturato richiesto e competenze professionali, posto che il Calcioli ha dichiarato di essere attivo prevalentemente nel settore civile e amministrativo, soprattutto in ambito sanitario e previdenziale e nell'ambito del diritto d'autore, quindi senza una sua attività specifica nell'interessato campo dei contratti pubblici; e ancora, perché censurando il collegamento, nelle gare per lotti separati, tra i servizi di *advisory* strategico e quelli consulenza legale si sollevano questioni che sono attinenti a scelte amministrative, del tutto discrezionali.

La Consip conclude per il rigetto dell'appello principale e in subordine, in accoglimento dell'appello incidentale, per l'inammissibilità del ricorso introduttivo.

All'udienza del 4 maggio 2017 la causa è passata in decisione.

DIRITTO

Oggetto della controversia è l'impugnazione del bando di gara ID 1700 [*Gara a procedura aperta per l'affidamento di servizi professionali a supporto delle attività di Consip Spa*], pubblicato il 18 marzo 2016 di Consip s.p.a. di indizione della gara, ai sensi del d.lgs. n. 163 del 2006, per l'affidamento – per 36 mesi prorogabili per altri 12 e con base di gara di € 23.775.000,00 oltre Iva - di alcuni di servizi, individuati come: (i) *advisory* strategico; (ii) implementazione operativa delle iniziative individuate; (iii) consulenza legale.

Per la partecipazione alla gara venivano richiesti alcuni severi requisiti di ammissione, relativi agli ultimi tre esercizi finanziari: l'associazione, sotto forma di un raggruppamento temporaneo di operatori economici, un fatturato globale non inferiore ad € 20.000.000, iva esclusa; un fatturato specifico per servizi di consulenza strategico – organizzativa in ambito *procurement* sia privato che pubblico non inferiore ad € 3.000.000,00, iva esclusa; un fatturato per servizi legali nel diritto amministrativo non inferiore ad € 2.000.000,00, iva esclusa, di cui almeno € 1.000.000,00 conseguiti per prestazioni di assistenza e di consulenza stragiudiziale legale in materia di contratti pubblici.

Il Tribunale amministrativo del Lazio, con la sentenza II, 27 settembre 2016, n. 9952 qui appellata, respingeva il ricorso dell'avvocato Filippo Calcioli, pur ritenendolo ammissibile nella parte diretta contro le clausole sulla partecipazione alla gara perché di loro obiettivamente ostate e così considerando irrilevante la mancata presentazione della domanda di partecipazione; ma comunque giudicandolo infondato nel merito, perché le censure investivano il mancato frazionamento in lotti delle varie prestazioni dal carattere differente e la richiesta di requisiti, in specie di fatturato, asseriti come abnormi. Infatti, per la sentenza, in buona sostanza le determinazioni amministrative censurate atenevano alla discrezionalità propria delle stazioni appaltanti, il cui esercizio nel caso appariva giustificato dal mantenere in proprio supporto un quadro articolato di attività professionali organizzate in forma imprenditoriale, al fine di agire armonicamente sui tre ambiti di intervento in cui attualmente la stessa Consip opera, obiettivo difficilmente perseguibile tramite singoli conferimenti di incarichi fiduciari, legati a necessità momentanee.

Va, ritiene il Collegio, per ragioni di dominante priorità logica dapprima esaminato l'appello incidentale dell'appellata Consip s.p.a., che sostiene anzitutto l'inammissibilità del ricorso di primo grado - e dell'appello principale - in primo luogo per mancata domanda di partecipazione, dunque per difetto di una differenziata posizione di interesse legittimo tale da costituire il titolo per un'azione in giudizio

Il motivo, ritiene qui il Collegio, è infondato.

Vanno condivise le giuste considerazioni della sentenza di prime cure sull'onere di immediata impugnazione del bando di gara, che opera allorché – come nel caso presente - le clausole della *lex specialis* prevedano requisiti di partecipazione *ex se* ostate all'ammissione dell'interessato, vale a dire autonomamente ed immediatamente escludenti.

La giurisprudenza da tempo assume che sussiste l'onere d'immediata impugnazione del bando di gara pubblica per contestare clausole di loro impeditive dell'ammissione dell'interessato alla gara, o anche solo impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale, ovvero che rendano ingiustificatamente più difficoltosa per i concorrenti la partecipazione alla gara. In siffatti casi già la pubblicazione del bando genera una lesione della situazione giuridica per chi intenderebbe partecipare alla competizione ma non può farlo a causa della barriera all'ingresso a quello specifico mercato provocata da clausole del bando per lui insuperabili perché immediatamente escludenti o che assume irragionevoli o sproporzionate per eccesso; il che comporta per lui un arresto procedimentale perché gli si rendono inconfigurabili successivi atti applicativi utili (da ultimo Cons. Stato, V, 16 gennaio 2015, n. 92; V, 20 novembre 2015, n. 5296; V, 6 giugno 2016 n. 2359).

Nella specie, una tale preclusione all'accesso alla contesa è costituita, per un avvocato – vale a dire, per un esercente la professione cui è per legge riservato il tipo giuridico della prestazione in gara di consulenza legale e che dunque è per ciò solo legittimato ad ambire all'aggiudicazione - dalla richiesta del requisito di un fatturato globale di ingenti entità, corrispondenti a non meno di € 20.000.000, iva esclusa, per consulenze strategico-organizzative e un fatturato per servizi legali nel diritto amministrativo non inferiore a

€. 2.000.000,00, iva esclusa, di cui almeno €. 1.000.000,00 conseguiti per prestazioni di assistenza e di consulenza stragiudiziale legale in materia di contratti pubblici all'interno di tre esercizi finanziari ed un oggetto di gara.

Sulla base di siffatti livelli economici – di dimensioni tali da superare una proporzione che sia indice di qualità professionale - la sommatoria delle pregresse prestazioni richieste restringe effettivamente la platea dei concorrenti a un numero limitatissimo: sicché l'effetto di sbarramento del mercato con conseguente onere di immediata impugnazione diviene palese; la presentazione della domanda di partecipazione avrebbe avuto solo un carattere formale e dunque non necessario a radicare il bisogno di giustizia.

Infondato è anche il secondo motivo dell'appello incidentale di Consip s.p.a., che sostiene l'inammissibilità del primo ricorso per carenza di interesse perché l'avvocato Calcioli sarebbe estraneo alle competenze richieste ed attivo in tutt'altri campi del diritto amministrativo.

L'assunto non è condivisibile. È infatti - come assume il ricorrente principale - la condizione professionale di *avvocato* a costituire il sufficiente titolo, vuoi quanto a legittimazione vuoi quanto a interesse, per agire in giudizio in un tale caso. Qualsiasi avvocato, infatti, dalla legge forense (art. 9 l. 31 dicembre 2012, n. 247 - *Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense*), è giuridicamente abilitato alle prestazioni in gara. Una «specializzazione» formalizzata ai sensi – i soli ammissibili – di cui a quell'art. 9, non era richiesta dalla *lex specialis*. E comunque va sottolineato che per l'art. 9, comma 7, quella qualifica di specializzazione è essenzialmente volontaria e dagli effetti promozionali perché non introduce alcuna privativa o esclusiva della materia («*Il conseguimento del titolo di specialista non comporta riserva di attività professionale*»).

Indistinta era dunque la base per proporsi, né il bando prevedeva altre referenze di ordine qualitativo.

Non risolve in senso contrario la circostanza, di mero fatto e dunque non di certificabile potenziale professionale, che il settore amministrativo nel quale il ricorrente soprattutto esercita abitualmente la professione, fosse diverso dalla contrattualistica pubblica. Questo elemento esperienziale-qualitativo non era richiesto, ammesso che fosse compatibile con l'ordinamento forense e comunque dimostrabile. Del resto, la specialità dell'avvocato corrisponde a un criterio di fatto che come si è visto non trova riscontro certificativo esclusivo in base alle norme di legge sulla professione di avvocato: queste, tranne che gli abilitati al patrocinio presso le giurisdizioni superiori, non tracciano privative per specialità nell'ambito dell'attività legale. Dunque la censura sollevata con l'appello incidentale non trova fondamento nell'ordinamento giuridico, che legittimava in realtà qualsiasi avvocato a impugnare il bando controverso.

Si può per ora prescindere dal terzo motivo, sul carattere discrezionale di quanto attivato dalla Consip, poiché tale punto viene affrontato di seguito nell'ambito dell'esame dell'appello principale, il quale è fondato.

Come si è rilevato, il nucleo centrale della controversia risiede nell'esigenza, posta dal bando,

che i partecipanti alla gara dimostrino un complessivo requisito di un fatturato globale non inferiore ad € 20.000.000, iva esclusa, per consulenze strategico-organizzative e un fatturato per servizi legali nel diritto amministrativo non inferiore ad € 2.000.000,00, iva esclusa, di cui almeno € 1.000.000,00 conseguiti per prestazioni di assistenza e di consulenza stragiudiziale legale in materia di contratti pubblici, all'interno di tre esercizi finanziari, e nell'oggetto di gara costituito da una sommatoria necessaria di prestazioni, cui l'appellante addebita di restringere ulteriormente la platea dei concorrenti a un numero limitatissimo e già privatamente selezionato proprio mediante una tale associazione.

Ma non basta: invece che procedere previa suddivisione in lotti sia qualitativamente, sia quantitativamente differenziati, Consip s.p.a. ha bandito una gara in unico lotto che riguarda promiscuamente il servizio di consulenza strategica, organizzativa, legale e merceologica, volto a supportare le sue attività: al contempo prestazioni di servizi di consulenza strategico-organizzativa in ambito *procurement*, dunque di *advisory* strategico, di implementazione operativa delle iniziative individuate, e di consulenza legale.

Questa previsione è censurabile sotto i due dedotti profili, perché si trascendono i limiti di concorrenza, ragionevolezza e proporzionalità che connotano il margine di insindacabilità per discrezionalità dell'Amministrazione. Da un lato infatti immotivatamente e irragionevolmente, e per quella che si presenta come la centrale di committenza dell'amministrazione pubblica italiana, accorpa in un'unica gara (c.d. lotto unico o 'macrolotto, di ben 23 milioni di euro) una tipologia di servizi (per di più non specifiche, visto il carattere ancora generale delle prestazioni) le cui così consistenti dimensioni economiche dovevano indurre al frazionamento in più lotti per non restringere irrazionalmente la partecipazione alla gare degli operatori del settore, in danno dei principi di concorrenza (e *favor participationis*), buon andamento dell'amministrazione, ragionevolezza e proporzionalità (cfr. Cons. Stato, V, 6 marzo 2017, n. 1038, dove stazione appaltante era la stessa Consip s.p.a.).

Da un altro lato si impone un non adeguatamente giustificato preliminare accoppiamento edel tutto eterogeneo degli offerenti e ad effetti restrittivi, cioè della diffusa attività professionale propria dell'avvocato con attività di diverso ordine e natura, esercitabili come attività d'impresa e di fatto esercitate solo da un numero assai ristretto di figure, dalle molto consistenti rispettive dimensioni (come del resto è ulteriormente mostrato dal numero di appena tre offerte).

A questo secondo riguardo, preliminarmente si deve osservare che – dal punto di vista qualitativo - queste prestazioni si riferiscono ad attività professionali e imprenditoriali contenutisticamente diverse tra loro, eterogenee e reciprocamente autonome. La circostanza che, naturalmente vadano in concreto e secondo le esigenze del caso coordinate nell'interesse del committente è di suo naturale: ma occorre rilevare che questo coordinamento è esigenza che si manifesta, per il se e per il come, di volta in volta, vale a dire in sede di esecuzione delle rispettive prestazioni contrattuali: come del resto avviene normalmente in riferimento a qualsiasi committente quando si avvale di più servizi di diverso genere, che debbono cooperare per la miglior cura del suo interesse. Ma è un coordinamento che, ragionevolmente, afferisce alla fase dell'esecuzione delle prestazioni, da modulare in ragione dell'esigenza del caso concreto: non già *a priori*, al momento della scelta dei soggetti,

eterogenei, da coordinare. Non si tratta di un unico servizio, da istituire in blocco unitario ed esternalizzare anche funzionalmente, ma di due diversi servizi da poi coordinare al momento delle concrete prestazioni, sotto il responsabile controllo e le indicazioni del committente (che, non va dimenticato, è una società *in house*, integralmente partecipata dal Ministero dell'economia e delle finanze). L'eccezione "legame funzionale" tra servizio di consulenza legale e servizio di consulenza strategica è dunque una modalità naturale, ma non originaria bensì successiva, da definire affare per affare, e che perciò non è coesistente a un accordo-quadro (fermo poi che dalla *lex specialis* è deducibile che non è prevista – se mai potesse esserlo - alcuna integrazione o commistione organica tra i due servizi).

Nella specie, invece, la *lex specialis* portava a un previo raggruppamento temporaneo, all'uopo costituito. Vale a dire, una formula organizzativa che, in pratica, esternalizzava anche le scelte sul coordinamento in concreto, all'origine solo richiedendo una configurazione in raggruppamento: per di più del tutto autonoma: vale a dire, si esternalizzava una facoltà di scelta dell'altro - altrimenti propria del committente - da esplicitare altrove e autonomamente. Detto altrimenti, si rimetteva alla libertà degli interessati anche la scelta del partner, di altro settore professionale, con cui presentarsi insieme alla gara.

Un tale modo di procedere non è di suo contrario all'ordinamento ed anzi è di normale pratica quando si tratti per un'impresa di acquisire requisiti di qualificazione alla gara che non possiede: però, se arriva a comportare implicazioni restrittive della concorrenza come qui patentemente è, deve – laddove il committente risponda alle regole pubblicistiche – corrispondere a una convenienza e un interesse di assoluto rilievo pubblico: e di ciò occorre siano adeguatamente esternate le precise ragioni. Tanto più che occorre dimostrare che, almeno per le attività di *advisory* strategico e di implementazione operativa delle iniziative individuate, l'apparente genericità delle prestazioni non possa significare, anche solo in parte, una sovrapposizione con i compiti di istituto per cui è stato costituito e configurato, con la sua particolare caratterizzazione, il committente in questione. Il tutto con l'ulteriore particolare considerazione che qui ci si congiunge con un'attività non di impresa, bensì sicuramente professionale come è quella di consulenza legale.

Vero è che, per principio generale, compete all'amministrazione identificare le proprie esigenze da soddisfare ricorrendo all'appalto, vale a dire al mercato, e di corrispondentemente definirne oggetto, durata e modalità; e che questa facoltà esprime un apprezzamento discrezionale. Ma si tratta di discrezionalità che va esercitata, al solito, in modo congruo e proporzionato, anzitutto rispetto alle regole concorrenziali immanenti al mercato in cui si sostanzia la singola gara: e che, con particolare riguardo all'accesso dei piccoli operatori, trovano fondamento, nel diritto interno, nel *Codice dei contratti pubblici* del 2006, art. 2, comma 1-*bis*, come mod. dal d.-l. 6 luglio 2012, n. 95, conv. dalla l. 7 agosto 2012, n. 135, giustamente invocato dall'appellante: sicché – sempre che sia possibile superare queste considerazioni - la dominanza dell'opposta convenienza economica va quanto meno concretamente dimostrata, come la giustificazione della mancata suddivisione dell'appalto in lotti. Il che nella specie non è stato fatto.

L'assetto dell'offerente configurato dal bando, all'opposto, restringe decisamente la libertà di accesso alla gara, escludendone *a priori* – per quanto concerne l'interesse apprezzabile

dell'appellante - finanche un ipotetico ampio studio legale. Certamente tra i compiti di *advisory* strategico possono esservi attività che possono toccare l'approfondimento di profili giuridici, ma questo – come detto – è tema da definire in concreto.

Insomma, con l'impugnato bando la stazione appaltante ha accomunato prestazioni di genere del tutto diverso e ha richiesto requisiti quantitativi - l'ammontare del detto fatturato minimo – di livello patentemente eccessivo (perché proprio di una ristrettissima fascia di ricavato) e di loro disancorati da qualsiasi parametro qualitativo.

Il che è reso manifesto dall'effetto concreto, che ha visto rispondere al bando soltanto tre raggruppamenti concorrenti, cui partecipano ditte preminenti – anche per associazioni e integrazioni a livelli mondiali - nei settori delle valutazioni contabili, della fiscalità, delle transazioni commerciali, della consulenza gestionale strategica e operativa, dei servizi di investimento e di pianificazione finanziaria.

Non è dunque in discussione la discrezionalità né la responsabilità dell'amministrazione committente nell'identificare il tipo di esigenza esterna, cui corrispondere mediante la ricerca, attraverso il bando, del miglior contraente disponibile sul mercato. Ma ciò che il ricorrente bene contesta lamentando l'eccesso di potere è piuttosto l'uso distorsivo che qui risulta di questa discrezionalità, con l'alterazione, in senso sproporzionatamente restrittivo, della concorrenza contrattuale: qui falsata vuoi dal collegamento che – mediante l'esternalizzazione sopra descritta - lascia, di fatto, alla dominanza di fatto delle poche società di *advisory* esistenti una preliminare e privata selezione dello studio legale, priva di vincoli pubblicistici di apertura al pubblico dei potenziali aspiranti, *par condicio* e trasparenza (dal punto di vista pubblico e della stessa stazione appaltante); vuoi dai richiesti elevatissimi quanto rari livelli economici di fatturato – bene dal ricorrente definiti esosi e sproporzionati -, indicatori comunque meramente quantitativi e di volume così consistente da risultare incongrui, secondo la comune esperienza, per una valutazione della capacità e qualità professionale di un avvocato o di uno studio legale (senza poi considerare che le esigenze delle prestazioni dedotte in appalto, nel singolo caso possono manifestarsi anche di contenuta entità o importanza economica).

Tutto questo - come l'interessato lamenta - crea, in violazione del ricordato art. 2, comma 1-*bis* e in eccesso di potere, contro il principio di massima partecipazione, una restrizione eccessiva del mercato, una riduzione della platea dei potenziali offerenti (per di più privatamente preselezionati) sproporzionata alle ampie disponibilità del possibile mercato professionale, inadeguata quanto ai parametri di valutazione: insomma, -come lamenta l'interessato - un'ingiustificata barriera all'ingresso della gara che nega i principi giuridici concorrenziali che sono alla base stessa del procedimento di evidenza pubblica.

Occorre del resto non dimenticare che principi eurounitari su cui fonda il sistema di selezione dei contratti pubblici sono improntati al criterio per cui è la garanzia dell'effettiva concorrenza a recare in sé la garanzia di efficienza e la scelta migliore delle risorse (cfr. art. 2 d.lgs. n. 163 del 2006).

Questi elementi denotano che l'assetto di offerenti cui il bando è orientato fuoriesce dagli invocati principi cui presiede il *Codice* come da quelli generali di proporzionalità e di

adeguatezza che li integrano, in sacrificio dei principi di concorrenza.

Queste considerazioni non esauriscono il *thema decidendum*: si deve infatti rilevare anche la fondatezza del secondo motivo di appello, cioè la violazione dell'art. 59 (*Accordi quadro*), comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006: «*Gli accordi quadro non sono ammessi per la progettazione e per gli altri servizi di natura intellettuale*».

Come lamenta l'appellante, il contratto da aggiudicare prevede che la stazione appaltante si riserva la mera facoltà, in corso di rapporto, di ricorrere o meno alle prestazioni dell'aggiudicatario e la stessa determinazione delle prestazioni da richiedere viene rinviata ad atti successivi che di volta in volta la Consip assumerà.

Le prestazioni poste in gara sono di natura intellettuale; ma l'"appaltatore" può sentirsi negare il singolo affidamento pur appartenente al "blocco" appaltato, così come egli stesso può entro un certo limite non accettare determinati affidamenti ed ancora il 20% del corrispettivo e conseguibile in esito ad un'ulteriore negoziazione connessa ai risultati.

Questi elementi che caratterizzano in modo bifasico l'affidamento ultimo della prestazione comportano la qualificazione di *accordo quadro* all'appalto da qui stipulare, seguito da un numero imprecisato di singoli accordi attuativi concernenti una serie di prestazioni. Ma, dice quella disposizione (comma 1), l'*accordo quadro* non è ammesso per i servizi di natura intellettuale. E tanto vale a concretizzare la denunciata violazione di legge.

Data la dominanza di questo divieto, restano qui assorbite le rammentate censure del Calcioli concernenti l'incertezza, seppur parziale, delle prestazioni o sul 20% del corrispettivo d'aggiudicazione, condizionati alla futura negoziazione degli obiettivi di risultato aziendale di Consip, nonché circa la riserva del committente, e senza limiti di valore, di concludere specifici accordi *a corpo*, con corrispettivi da negoziare tra le medesime parti.

In ragione di quanto rilevato l'appello principale va accolto con la conseguente riforma della sentenza impugnata e l'accoglimento del ricorso di primo grado, mentre va respinto l'appello incidentale.

Le spese per il doppio grado di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, accoglie l'appello principale e respinge l'appello incidentale e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata accoglie il ricorso introduttivo.

Condanna la Consip s.p.a. al pagamento delle spese per i due gradi di giudizio liquidandole in complessivi €. 5.000,00 (cinquemila/00) oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 maggio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere, Estensore

Alessandro Maggio, Consigliere