



DELIBERA N. 387

6 settembre 2023

Oggetto

Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dagli Avv.ti Mauro Di Pace e Giulio Cacciapuoti – Affidamento dei servizi legali del comune di Quarto (NA) per la durata di anni 2 (due), RDO 3505755 MePA - Lotto 2 "CONTENZIOSO AMMINISTRATIVO" – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: euro 45.000,00 – S.A.: Comune di Quarto (NA).

UPREC-PRE 662/2023/S/PREC

Riferimenti normativi

Artt. 48 e 83 del d.lgs. n. 50/2016

Art. 4, comma 1, della l. n. 247/2012

Parole chiave

Servizi legali – Partecipazione in RTP – Professionista designato – Mandatario e mandati – Modalità di attribuzione dei punteggi per l'offerta tecnica.

Massima

Non massimabile



DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 0057690 del 17.7.2023, con la quale gli Avv.ti Mauro Di Pace e Giulio Cacciapuoti, rispettivamente mandante e mandatario del costituendo RTP classificatosi al quarto posto della graduatoria finale, *«contestano la legittimità dell'operato della Commissione di gara nominata dal Comune di Quarto (NA) in data 09.05.2023, giusta determinazione n. 571, la quale, col verbale di gara n. 6 del 16.05.2023, successivamente all'apertura e all'esame delle buste tecniche, ha disposto illegittimamente quanto segue: "Si precisa che la commissione di gara all'unanimità, per quanto attiene alla valutazione del sub-criterio a. 1) Voto di laurea, nel caso di RTP, prenderà in considerazione il voto del mandatario così come per il subcriterio a.2) Anzianità di iscrizione all'albo"»*;

CONSIDERATO, più specificamente, che secondo gli istanti l'illegittimo operato della Commissione di gara ha comportato *«la sottrazione al RTP Di Pace-Cacciapuoti-Zunarelli dei seguenti punteggi: ■ n. 2 punti su di un totale di n. 5 punti, quanto al criterio A.1 "Voto di Laurea": il mandante prof. avv. Zunarelli ha conseguito la laurea con 110/110 e lode, mentre è stato considerato il voto del mandatario Di Pace (voto 102/110); ■ n. 5 punti su di un totale di n. 10 punti, quanto al criterio A.2 "Anzianità di iscrizione all'albo degli avvocati": il mandante prof. Zunarelli vanta oltre 40 anni di iscrizione all'Albo, mentre è stata considerata l'anzianità di iscrizione del mandatario Di Pace (15 anni). Inoltre, dall'esame dei verbali di gara emerge che non è stato attribuito al RTP Di Pace-Cacciapuoti-Zunarelli il punteggio relativo ai titoli ulteriori: il prof. avv. Zunarelli, non è solo professore ordinario di Diritto dei trasporti e della navigazione dell'Università di Bologna dal 1995 ad oggi, ma ha anche conseguito il dottorato honoris causa in materia attinente al diritto civile presso l'Universitat Jaume I – Castellon de la Plana (Spagna), e costituisce fatto notorio che il titolo honoris causa è perfettamente equiparato ai titoli ordinari»*; oltre a ciò gli istanti contestano anche il fatto che all'aggiudicatario, Avv. Erik Furno, siano stati riconosciuti 6 punti per "titoli ulteriori" per n. 3 pubblicazioni, laddove il disciplinare escludeva espressamente la possibilità di considerare le pubblicazioni fra i titoli valutabili e che anche all'avv. Sabatino Rainone siano stati attribuiti n. 2 punti per titoli, non dovuti;

CONSIDERATO, inoltre, che gli istanti ritengono, in ogni caso, che il lavoro della Commissione di gara sia *«interamente inficiato dalla circostanza che, componente della stessa, giusta determinazione n. 571 del 09.05.2023, è la dott.ssa Susanna Simonetti e non la dott.ssa Maria Simonetti che, invece, sottoscrive tutti i verbali delle sedute tenute dalla predetta Commissione. Dunque, non essendovi corrispondenza tra il nominativo del Commissario individuato con la determinazione n. 571/2023 e quello sottoscrittore dei verbali di seduta pubblica e riservata di gara, gli stessi sono da ritenersi nulli»*;

CONSIDERATO che l'aggiudicatario, Avv. Erik Furno, nelle proprie memorie controdeduttive, preliminarmente, eccepisce l'inammissibilità dell'istanza del costituendo RTP, con cui l'Avv. Zunarelli, mandante con quota di partecipazione del 10%, si duole del mancato cumulo dei suoi requisiti con quelli del mandatario designato, l'Avv. Mauro di Pace e ciò perché *«il punteggio relativo al sub-criterio "a.2) anzianità di iscrizione all'Albo degli avvocati" (punti 5), è riferito "al professionista designato", ossia al mandatario della RTI, nella specie l' Avv. Di Pace, e non al mandante. Lo stesso dicasi per il sub-criterio "a.1) Voto di laurea", per cui la Commissione di gara si è autovincolata, stabilendo che, nel caso di RTP, avrebbe preso in considerazione il voto del mandatario, così come per il sub-criterio "a.2) Anzianità di iscrizione all'albo". A nulla vale distinguere, quindi, tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione dei titoli in quanto, per giurisprudenza pacifica, la Commissione aggiudicatrice gode di un'ampia discrezionalità, in quanto è sua facoltà limitare la valutazione dei titoli al solo soggetto designato quale*



mandatario. In subordine, anche a voler seguire la tesi avversaria, si ha che i titoli del mandante avrebbero potuto tutt'al più essere valutati nella misura del 10%, in modo pari, cioè, alla quota di partecipazione dell'avv. Zunarelli e non certo per l'intero, per cui anche sotto tale profilo l'istanza del costituendo RTP si rivela del tutto irrilevante. In estremo subordine, ammesso e non concesso che tale istanza sia ammissibile (il che si contesta), occorre evidenziare come la stessa comunque non superi la prova di resistenza, non essendo in grado di influire sul risultato finale»; considerato, inoltre, che la «la P.A. ha errato ad attribuire allo scrivente il punteggio di 8.44, al quale, invece, doveva essere attribuito il punteggio massimo di "10". Già ciò sarebbe sufficiente per rigettare l'istanza del costituendo RTP Cacciapuoti-Di Pace-Zunarelli, che, a fronte dello scarto che lo separa dall'aggiudicatario, non riesce a superare la prova di resistenza. Infatti, sommando al punteggio attribuito all'offerta tecnica dell'avv. Furno di 90 punti, quanto allo stesso dovuto per la migliore offerta economica (10 punti), si ha un punteggio complessivo di punti 100, non scalfibile dalla controparte»; considerato, infine che è «del tutto irrilevante la nomina quale componente della Commissione della dott.ssa Susanna Simonetti, invece che della sottoscrittrice dei verbali dott.ssa Maria Simonetti, non essendovi alcun errore di identificazione o di persona, in quanto trattasi dello stesso soggetto»;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 24.7.2023;

VISTA la documentazione in atti e le memorie delle parti;

RITENUTO, preliminarmente, che l'istanza in questione è ammissibile ai fini del Regolamento dei pareri di precontenzioso e che, in ogni caso, l'inammissibilità eccepita dalla parte resistente riguarderebbe, al più, una questione (preliminare) di merito (ossia l'ammissibilità del cumulo dei requisiti posseduti dal mandante Avv. Zunarelli nei limiti della percentuale di partecipazione di quest'ultimo al costituendo RTP istante) e non certo pregiudiziale di rito; non essendo, tuttavia, l'istituto del precontenzioso strutturato, per evidenti ragioni di celerità ed economicità procedurale, secondo tali formalità di rito, si procede direttamente all'esame delle doglianze della parte istante;

CONSIDERATO che, per meglio comprendere le contestazioni sollevate dagli istanti, appare opportuno riportare per intero la parte delle clausole della *lex specialis* di gara oggetto di interpretazioni contrapposte:

«9.1. REQUISITI DI IDONEITA'»

PER TUTTI I LOTTI

1. iscrizione all'Albo degli Avvocati da almeno dieci (10) anni.

9.2. REQUISITI DI CAPACITA' ECONOMICA

PER TUTTI I LOTTI

1. copertura assicurativa per rischi professionali per un massimale di € 500.000,00 (cinquecentomila/00) per sinistro e di € 1.000.000,00 (un milione) per annualità. Tale requisito è richiesto per assicurare un interlocutore qualificato e la copertura dell'ente.

9.3. REQUISITI DI CAPACITA' TECNICO-PROFESSIONALE

PER I LOTTI 1 E 2



1. iscrizione all'Albo delle Magistrature Superiori.

PER IL LOTTO 1

2. aver ricevuto almeno dieci (10) incarichi di patrocinio da Pubbliche Amministrazioni in contenziosi civili nel triennio 2020-2022.

PER IL LOTTO 2

3. aver ricevuto almeno dieci (10) incarichi di patrocinio da Pubbliche Amministrazioni in contenziosi amministrativi nel triennio 2020-2022.

PER IL LOTTO 3

4. aver ricevuto almeno sei (6) incarichi di patrocinio da Pubbliche Amministrazioni in contenziosi tributari nel triennio 2020 -2022.

Si precisa che:

I requisiti di cui ai punti 9.1, 9.2 e 9.3.1 (iscrizione all'Albo delle Magistrature Superiori, per i soli lotti 1 e 2), sono riferiti al professionista partecipante in proprio alla procedura di gara, oppure, in caso di studio associato, società tra avvocati o r.t.p., al professionista designato.

I requisiti di cui ai punti 9.3.2, 9.3.3 e 9.3.4., sono riferiti al professionista partecipante in proprio alla procedura di gara, oppure, cumulativamente allo studio associato, società tra avvocati o r.t.p. o professionista designato in caso di partecipazione di questi ultimi. In caso di R.T.P., i suddetti requisiti devono essere posseduti per almeno il 60% dal mandatario e per almeno il 10% dal/dai mandante/i»;

CONSIDERATO, altresì, che la *lex specialis*, nella parte concernente i criteri per l'attribuzione del punteggio all'offerta tecnica, non specifica, con riferimento ai punteggi in contestazione (afferenti al voto di laurea e all'anzianità di iscrizione all'Albo avvocati), quale soggetto, in caso di partecipazione in RTP, sarebbe stato considerato ai fini della valutazione, atteso che, evidentemente, trattasi di criteri che per loro stessa natura non consentono il cumulo tra i partecipanti al raggruppamento e che pertanto la Commissione di gara, successivamente all'apertura e all'esame delle buste tecniche, ha precisato che «per quanto attiene alla valutazione del sub-criterio a.1) Voto di laurea, nel caso di RTP, prenderà in considerazione il voto del mandatario così come per il subcriterio a.2) Anzianità di iscrizione all'albo»;

RILEVATO, innanzitutto, che le norme generali concernenti la partecipazione alle gare pubbliche in forma associata devono essere interpretate alla luce dei principi, delle norme e delle specificità che attengono all'esercizio delle professioni tecniche e, nel caso, di specie, della professione forense;

TENUTO CONTO, dunque, che l'art. 4, comma 1, della legge n. 247/2012 (recante "Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense"), prevede che «La professione forense può essere esercitata individualmente o con la partecipazione ad associazioni tra avvocati. L'incarico professionale è tuttavia sempre conferito all'avvocato in via personale. La partecipazione ad un'associazione tra avvocati non può pregiudicare l'autonomia, la libertà e l'indipendenza intellettuale o di giudizio dell'avvocato nello svolgimento dell'incarico che gli è conferito. È nullo ogni patto contrario», ciò necessariamente comporta che nel caso di affidamento del contratto ad uno studio legale associato o ad un RTP, le prestazioni contenute nell'incarico conferito, in sede esecutiva, dovranno essere svolte da un professionista specificamente individuato (in tal senso v. Delibera ANAC n. 425 del 26 maggio 2021);



TENUTO CONTO, altresì, che le Linee Guida n. 12 sull'affidamento dei servizi legali, precisano che *«In caso di associazione di professionisti tali requisiti (di idoneità professionale e di capacità tecnica e professionale – n.d.r.) sono riferiti ai professionisti associati indicati quali esecutori delle prestazioni contrattuali, in virtù dell'articolo 34, comma 3, del d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 96. In caso di società tra avvocati, detti requisiti sono riferiti ai professionisti soci indicati quali esecutori delle prestazioni contrattuali, in virtù dell'articolo 24 del d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 96»;*

CONSIDERATO che il Disciplinare di gara, all'art. 7 ("Soggetti ammessi a partecipare"), dispone che *«In caso di R.T.P., studio associato società tra avvocati, il concorrente deve espressamente indicare il professionista designato - intendendosi per tale il professionista che sarà esecutore delle prestazioni (ad eccezione di quelle per le quali il presente documento consente l'esecuzione anche da parte del professionista non designato) - che deve essere componente del predetto R.T.P., o studio associato o socio della società tra avvocati. In caso di R.T.P. il professionista designato deve coincidere con il mandatario»* e che più oltre, all'art. 16.1 ("Termini per la presentazione dell'offerta" – "Busta A"), si precisa ulteriormente che *«In caso di partecipazione di R.T.P., deve essere indicata la quota di partecipazione al raggruppamento. Si rammenta che il professionista designato deve essere il mandatario. Si rammenta che alcuni requisiti sono riferiti – in caso di partecipazione di R.T.P., Studio Associato o Società tra avvocati – al professionista designato e che altri sono chiesti, cumulativamente, a quest'ultimo o al R.T.P., Studio Associato o Società tra avvocati. Le relative dichiarazioni vanno quindi rese dal diretto interessato»;*

RITENUTO, considerato tutto quanto sopra, che le doglianze degli istanti non appaiono fondate, atteso che la precisazione fatta dalla Commissione di gara e dagli stessi ritenuta illegittima, secondo cui *"per quanto attiene alla valutazione del sub-criterio a.1) Voto di laurea, nel caso di RTP, prenderà in considerazione il voto del mandatario così come per il subcriterio a.2) Anzianità di iscrizione all'albo"*, altro non è che un chiarimento, ammissibile e legittimo, di ciò che era già previsto, ancorché solo implicitamente, dalla *lex specialis* e non una decisione arbitraria adottata in spregio ai principi di correttezza e trasparenza dell'agire amministrativo: se in più punti viene ribadito che il "professionista designato" (cui è ragionevole che si intendano riferiti tutti quei requisiti e criteri di valutazione non cumulabili con quelli in possesso degli altri partecipanti al raggruppamento) corrisponde al "professionista mandatario" (anche questa volta più che ragionevolmente, posto che in qualsiasi raggruppamento di professionisti o di imprese il mandatario è il soggetto od operatore economico al quale, non solo viene conferito il mandato collettivo di rappresentanza, ma in genere è anche quello che possiede maggiori competenze, esperienza e titoli per eseguire in prevalenza le prestazioni oggetto di affidamento e per gestire i rapporti con l'ente appaltante), non v'è alcun dubbio che tanto il voto di laurea quanto l'anzianità di iscrizione all'Albo dovesse essere valutata con riferimento al mandatario e non certo al professionista (mandante) in possesso del voto di laurea più alto e del numero maggiore di anni di iscrizione all'Albo tra i 3 facenti parte del raggruppamento;

RITENUTO che la tesi alternativa proposta dagli istanti secondo cui *"in caso di partecipazione in RTP, gli elementi che concorrono all'attribuzione del punteggio tecnico, sono quelli cumulativamente posseduti da tutti gli operatori raggruppandi e non solo quelli posseduti dal mandatario"* non è accoglibile proprio perché la necessità di rispettare la norma secondo cui *"l'incarico professionale è sempre conferito all'avvocato in via personale"* se da un lato non esclude la partecipazione in forma associata, dall'altro impone che elementi di valutazione quali il voto di laurea e l'anzianità professionale siano riferiti al professionista designato, che, nel caso in esame, corrisponde al mandatario e ritenuto che tale previsione della *lex specialis*, peraltro comune a tutti i bandi analoghi, è comunque frutto di una decisione discrezionale della Stazione appaltante che non pare sindacabile sotto il profilo della manifesta illogicità, incongruità, sproporzione o abnormità;



RITENUTO che gli elementi di valutazione dell'offerta *de quibus* siano riconducibili a una peculiare ipotesi di deroga al divieto di commistione tra requisiti soggettivi dell'offerente ed elementi oggettivi di valutazione dell'offerta (ex multis v. Consiglio di Stato, Sez. V, 17/02/2022, n. 1186), poiché i requisiti soggettivi di che trattasi hanno una immediata incidenza sulla qualità dell'offerta, essendo la prestazione oggetto dell'appalto di natura intellettuale, con la conseguenza che la loro capacità di generare punteggio non può prescindere dalla loro (doverosa) immediata riconducibilità al professionista designato, che assume la responsabilità personale della prestazione professionale resa (v. art. 14, comma 2, legge n. 247/2012);

RITENUTO, relativamente alla quota di partecipazione dell'Avv. Zunarelli, che persino quanto sostenuto dalla Stazione appaltante (laddove afferma che «*tutt'al più, si potrebbe tener conto dei requisiti di tutti partecipanti, 'cumulativamente' appunto, attraverso la loro media ponderata, che tenga conto della percentuale di partecipazione di ciascuno al raggruppamento. Anche in tal caso, il RTP istante non risulterebbe aggiudicatario dell'appalto, come invece sostiene*») appare concedere fino troppo agli istanti, atteso che seguendo un indirizzo giurisprudenziale formatosi con riferimento alle certificazioni aziendali, la cui valutazione all'interno dei sub-criteri dell'offerta tecnica presenta elementi di analogia con i sub-criteri in esame, e quindi estensibile alla fattispecie dibattuta sostiene «*sia la non graduabilità del punteggio laddove non previsto dalla lex specialis (come nel caso di specie – n.d.r.), sia la riferibilità al concorrente nella sua integrità (e, dunque, al Rti in sé, nella sua interezza) delle certificazioni richieste in assenza di diverse previsioni, pena altrimenti la frustrazione della richiesta (premiata) della stazione appaltante, e la disparità di trattamento in danno dei concorrenti in forma singola. Nel caso di specie la lex specialis non prevede per il sub-criterio sub C-1 alcuna graduazione del punteggio in funzione della conformazione (raggruppata, anche eventualmente in senso verticale) del concorrente, né una frazionabilità del punteggio stesso (al di là della sua diversa entità a seconda del numero e tipologia delle certificazioni possedute); è pacifico del resto, in fatto, come le prescritte certificazioni siano vantate in specie dalla sola mandante, sicché il concorrente nel suo complesso (i.e., il Rti nella sua interezza) ne risulta privo, non meritando alcun punteggio per il corrispondente criterio premiale*» (Consiglio di Stato, V, 23.6.2022 n.5190);

RITENUTO che non coglie nel segno neppure l'osservazione secondo cui «*quando ha voluto che i requisiti di partecipazione fossero riferiti al solo mandatario del RTP, lo ha stabilito in modo chiaro e tassativo. Si veda, ad esempio, il disposto dell'art. 9, ultimo comma, del suddetto che, peraltro, si riferisce ai soli requisiti di partecipazione*», atteso che – come visto – il disciplinare di gara in più punti precisa che in caso di R.T.P. il professionista designato deve coincidere con il mandatario, con la conseguenza che ogni volta che si fa riferimento esplicito o implicito al "professionista designato" per l'esecuzione delle prestazioni contrattuali in affidamento deve intendersi il "mandatario";

RITENUTO che appare infondata anche l'ulteriore contestazione relativa alla mancata attribuzione di n. 2 punti per il sub-criterio a.7) "Master, Dottorati, Specializzazioni post-laurea conseguiti nell'ultimo quinquennio (2018-2022) in materia di diritto amministrativo, diritto tributario, diritto civile e diritto del lavoro" all'avv. Zunarelli e, quindi, all'intero RTP, atteso che, sebbene non espressamente precisato, non pare potersi revocare in dubbio che trattasi di criterio che è strettamente connesso al lotto di partecipazione, cosicché avendo il RTP istante partecipato alla gara per il lotto 2, riguardante il esclusivamente il contenzioso amministrativo, non sarebbe stato sorretto da alcuna motivazione il riconoscimento il dottorato *honoris causa* in materia attinente al diritto civile presso l'Universitat Jaume I – Castellon de la Plana (Spagna) e d'altra parte aggirarsi alla formale assenza di una specifica prescrizione in tal senso significherebbe trascurare che trattasi di mero errore materiale di stesura della documentazione di gara non in grado di viziare l'intero iter di assegnazione dei punteggi tecnici (del resto che questa fosse la volontà dell'Amministrazione e l'interpretazione più corretta da dare al bando è dimostrato dal fatto che con riferimento ai sub-criteri a.3 e a.4. viene chiarito che «*sono valutabili*



esclusivamente gli incarichi riferiti al lotto per il quale il candidato concorre. A titolo esemplificativo, se il candidato concorre per il lotto 1 saranno valutati solamente gli incarichi di contenzioso civile», potendone così senza dubbio trarne un principio generale, peraltro del tutto logico e legittimo applicabile a tutti i sub-criteri interessati);

RITENUTA la manifesta infondatezza della contestazione relativa all'attribuzione all'Avv. Furno di n. 6 punti per lo stesso **sub-criterio a.7**, stante le motivazioni addotte dallo stesso Furno nelle proprie memorie di replica e soprattutto dalla Stazione appaltante, cui appare sufficiente rinviare;

RITENUTO, ancora, in ordine alla contestata illegittimità della nomina della Commissione di gara, che appare di tutta evidenza che la circostanza che nel provvedimento di nomina sia menzionato il nome di un commissario (Simonetti Susanna) diverso da quello che effettivamente ha partecipato ai lavori del Seggio e firmato i verbali (Simonetti Maria) è del tutto irrilevante, trattandosi di un chiaro errore materiale (mero scambio di un nome di battesimo per un altro) non in grado di inficiare la procedura di gara;

RITENUTO, infine, in ragione dell'assorbimento delle questioni sopra trattate ai fini dell'esito del parere, che risulta irrilevante trattare l'ulteriore questione dell'eventuale errato calcolo del punteggio complessivo assegnato all'Avv. Furno, derivante dall'errata applicazione della formula matematica relativa all'offerta economica, che secondo quest'ultimo renderebbe vane tutte le contestazioni della parte istante, in quanto *"sommando al punteggio attribuito all'offerta tecnica dell'avv. Furno di 90 punti, quanto allo stesso dovuto per la migliore offerta economica (10 punti), si ha un punteggio complessivo di punti 100, non scalfibile dalla controparte"*, anche alla luce del fatto che non essendo state oggetto di autonoma richiesta di parere o impugnativa devono essere dichiarate inammissibili,

il Consiglio

ritiene, alla luce delle motivazioni che precedono e limitatamente alle questioni esaminate, che l'operato della Stazione appaltante relativamente alle disposizioni della *lex specialis* di gara concernenti la partecipazione dei professionisti in RTP e le modalità di attribuzione dei punteggi per l'offerta tecnica non presentino profili di manifesta illogicità, incongruenza o irragionevolezza.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 11 settembre 2023

Il Segretario Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente