



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 397 DEL 17 aprile 2018

OGGETTO: Istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da Avv. Tosi Stefania – Avviso esplorativo per l’acquisizione di manifestazione di interesse ad assumere incarichi legali a favore di Azienda Lombarda per l’Edilizia residenziale di Brescia – Cremona – Mantova (Aler BCM) – Importo a base d’asta: non specificato - **S.A. Azienda Lombarda per l’Edilizia residenziale di Brescia – Cremona – Mantova (Aler BCM)**
PREC 48/18/S

Il Consiglio

VISTA l’istanza prot. n. 70016 del 19 maggio 2017 presentata dall’Avv. Tosi Stefania, e successiva memoria prot. 13472 del 13 febbraio 2018, con la quale l’istante rappresenta di essere stata esclusa dalla selezione in oggetto, finalizzata a formare un elenco di professionisti ai quali affidare incarichi legali, in quanto carente del requisito dell’iscrizione all’Ordine degli avvocati da almeno 7 anni. L’istante riferisce di rivestire incarichi legali per conto della S.A. dal 2011, osserva che il precedente avviso esplorativo non richiedeva il requisito del periodo minimo di iscrizione all’Ordine, e ritiene quindi tale requisito limitativo della partecipazione. Rappresenta altresì che il termine per la presentazione della manifestazione di interesse era di soli 15 giorni e nulla veniva precisato in relazione al valore stimato dell’affidamento; richiama quindi i principi espressi con delibera Anac n. 1158 del 9 novembre 2016 su questione analoga;

VISTO l’avviso esplorativo indicato in oggetto, «finalizzato esclusivamente a ricevere manifestazione di interesse per favorire la partecipazione e la consultazione del maggior numero di professionisti potenzialmente interessati, in alcun modo vincolante per Aler BCM, con l’unico scopo di acquisire dagli stessi la disponibilità ad essere iscritti in un elenco da cui attingere l’eventuale concreta disponibilità», il quale prevede la durata dell’elenco di 4 anni con facoltà della S.A. di aggiornare l’elenco annualmente; ai fini della candidatura, richiede l’iscrizione all’Ordine degli avvocati da almeno 7 anni, l’esperienza in attività analoghe nel triennio precedente e avere lo studio principale nella circoscrizione del Tribunale di Mantova; l’avviso specifica che la documentazione acquisita «sarà esaminata dal responsabile del procedimento che ne valuterà la correttezza e completezza per il conseguente inserimento nell’elenco.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

L'inserimento nell'elenco avverrà in ordine alfabetico senza con ciò dar diritto ad alcun ordine di priorità. La gestione dell'elenco di cui al presente avviso e degli eventuali incarichi avverrà nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione e proporzionalità»; è inoltre previsto che il compenso sia determinato sulla base dei criteri previsti nel disciplinare;

VISTE le Linee guida n. 4 adottate con delibera n. 1097 del 20 ottobre 2016 e aggiornate con delibera n. 206 del 1 marzo 2018, a tenore delle quali «In applicazione dei principi di imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, la determina a contrarre ovvero l'atto a essa equivalente contiene, almeno, l'indicazione dell'interesse pubblico che si intende soddisfare, le caratteristiche delle opere, dei beni, dei servizi che si intendono acquistare, l'importo massimo stimato dell'affidamento [...]. L'avviso di costituzione di un elenco di operatori economici indica i requisiti di carattere generale, la modalità di selezione degli operatori economici da invitare [...] L'iscrizione degli operatori economici interessati provvisti dei requisiti richiesti è consentita senza limitazioni temporali. La stazione appaltante prevede le modalità di revisione dell'elenco, con cadenza prefissata – ad esempio semestrale – o al verificarsi di determinati eventi, così da disciplinarne compiutamente modi e tempi di variazione. Una volta conclusa l'indagine di mercato e formalizzati i relativi risultati, ovvero consultati gli elenchi di operatori economici, la stazione appaltante seleziona, in modo non discriminatorio gli operatori da invitare. Se non ritiene di poter invitare tutti gli operatori economici risultanti dall'indagine di mercato o presenti nell'elenco, la stazione appaltante deve indicare, nell'avviso, il numero massimo di operatori che selezionerà ai fini del successivo invito, e i relativi criteri, nel rispetto dei principi di cui al precedente periodo. La stazione appaltante tiene comunque conto del valore economico dell'affidamento [...]. La stazione appaltante è tenuta al rispetto del principio di rotazione degli inviti, al fine di favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei e di evitare il consolidarsi di rapporti esclusivi [...] L'affidamento o il reinvido al contraente uscente hanno carattere eccezionale e richiedono un onere motivazionale più stringente»;

VISTO il Parere sulla normativa richiamato dall'istante, reso con delibera n.1158 del 9 novembre 2016, a tenore del quale «La riconducibilità del patrocinio legale tra gli appalti di servizi (benché esclusi dall'ambito di applicazione del Codice) comporta il necessario rispetto dei principi generali che informano l'affidamento degli appalti pubblici, esplicitati nell'art. 4 del d.lgs. n. 50/2016, e la conseguente impossibilità di procedere attraverso affidamenti fiduciari [...] «l'iscrizione dei soggetti interessati provvisti dei requisiti richiesti dovrebbe essere consentita senza limitazioni temporali», o altrimenti “l'effetto restrittivo derivante dalla limitazione



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

temporale della presentazione delle istanze dovrebbe essere temperato dalla riduzione del termine di validità dell'iscrizione, che potrebbe essere portata a un anno, in modo da rendere più frequenti le finestre temporali entro le quali i soggetti qualificati possono manifestare l'interesse all'iscrizione nell'elenco". Principio generale è che «l'amministrazione dovrebbe, in linea di principio, tendere a poter disporre della platea più ampia possibile di soggetti qualificati tra cui selezionare, in questo caso sulla base del criterio di rotazione, gli affidatari del servizio»; e il Parere reso con delibera n. 1347 del 20 dicembre 2017 per cui, in ordine alla durata della pubblicazione dell'avviso esplorativo, le linee guida indicano un range che va rispettato: «la durata è stabilita in ragione della rilevanza del contratto, per un periodo minimo identificabile in quindici giorni, salva la riduzione del suddetto termine per motivate ragioni di urgenza a non meno di cinque giorni»;

VISTA la giurisprudenza (Tar Toscana sez. I 8 marzo 2018 n. 356) che ritiene il requisito territoriale della sede operativa all'interno di alcune zone del comune o, comunque, entro i 500 metri dal confine dello stesso comune, limitativo della par condicio della procedura, «consentendo la partecipazione solo a imprese che risultino avere una sede entro un ristrettissimo perimetro, con l'effetto di favorire determinati operatori a discapito di altri, senza che detto discrimine appaia giustificato o proporzionato in relazione ad un qualche interesse ritenuto prevalente»; con riferimento al requisito soggettivo di idoneità professionale, la giurisprudenza ritiene tale clausola non sproporzionata o illogica o irrazionale quando è preordinata a selezionare soggetti che operino da un congruo lasso di tempo nel settore oggetto dell'appalto, al fine di individuare concorrenti che assicurino una certa affidabilità e pregressa esperienza nello svolgimento del servizio, con il limite tuttavia della ragionevolezza e proporzionalità e purchè la previsione di tali requisiti non espliciti effetti lesivi della concorrenza (Tar Puglia Lecce sez. III 10 marzo 2015 n. 828);

RITENUTO che, nel caso di specie, l'avviso esplorativo risulta carente della stima, almeno presunta, dell'importo a base di gara per i 4 anni di validità dell'elenco; nel bando e nel disciplinare non sono specificati i criteri di selezione ai fini dell'affidamento degli incarichi; la limitazione territoriale legata all'ubicazione dello studio principale del professionista nella circoscrizione del Tribunale di Mantova è lesiva della concorrenza; il periodo minimo di 7 anni di iscrizione all'Ordine degli avvocati appare rientrare nell'ambito delle scelte discrezionali della S.A. e tuttavia, in considerazione del fatto che l'avviso precedente non recava alcun limite in tal senso, sarebbe stato opportuno fornire una motivazione della scelta fatta;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

RILEVATO che sulla questione posta può decidersi ai sensi dell'art. 10 del Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211, comma 1, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- l'avviso esplorativo in oggetto non è conforme alla normativa di settore in quanto risulta carente della stima, almeno presunta, dell'importo a base di gara per i 4 anni di validità dell'elenco; non sono specificati i criteri di selezione per l'affidamento degli incarichi; la limitazione territoriale legata all'ubicazione dello studio principale del professionista nella circoscrizione del Tribunale di Mantova è lesiva della concorrenza;
- il periodo minimo di 7 anni di iscrizione all'Ordine degli avvocati appare rientrare nell'ambito delle scelte discrezionali della S.A. e tuttavia, in considerazione del fatto che l'avviso precedente non recava alcun limite in tal senso, sarebbe stato opportuno fornire una motivazione della scelta fatta.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 27 aprile 2018

Il Segretario Maria Esposito