



DELIBERA N. 880

28 ottobre 2020.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dall'Ordine degli Avvocati di Aosta – Procedura aperta per l'affidamento in appalto del servizio legale di patrocinio e consulenza dell'ente nel contenzioso giudiziale e stragiudiziale per il Comune di Aosta - Importo a base di gara euro: 334.880,00 - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - S.A.: IN.VA S.p.A. C.U.C. Regionale per Servizi e Forniture per conto del Comune di Aosta

PREC 194/2020/S

Riferimenti normativi

Articolo 35 d.lgs. 50/2016

Parole chiave

Servizi legali; equo compenso.

Massima

Appalto servizi legali – Corrispettivo a corpo o forfait – Violazione legge professionale e equo compenso

Il diritto del professionista all'equo compenso nello svolgimento di incarichi professionali risulta garantito sia dalla Costituzione, che tutela il diritto "ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro" (art. 36), sia dalla legge professionale, che correla la retribuzione al "contenuto e alle caratteristiche della prestazione legale". La previsione della corresponsione di un corrispettivo fisso, indipendente dal numero di contenziosi di cui il professionista verrà effettivamente incaricato, determina la contrarietà della *lex specialis* alla legge professionale e la violazione del principio dell'equo compenso, e trasforma l'appalto da tipico contratto commutativo a contratto aleatorio.



Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 28 ottobre 2020

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. n. 67821 del 16 settembre 2020, con cui l'Ordine degli Avvocati di Aosta ha sollevato dubbi sulla legittimità degli atti di gara in oggetto, chiedendo all'Autorità di esprimere un parere in merito ai seguenti profili: a) omessa rinnovazione delle forme di pubblicità prescritte dal d.lgs. 50/2016 in esito alla modifica sostanziale della *lex specialis* disposta con determina dell'Amministrazione aggiudicatrice n. 318 dell'11 agosto 2020; b) equità e proporzionalità dell'entità dell'importo a base di gara, nonché omessa esplicitazione del procedimento seguito per la sua quantificazione; c) previsione del requisito di partecipazione relativo all'assenza di contenziosi giudiziali e stragiudiziali nei confronti del Comune di Aosta, pendenti alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte;

VISTO, in particolare, che secondo l'istante il bando di gara sarebbe in palese contrasto con la disciplina dell'equo compenso di cui all'art. 13 *bis* della legge 247/2012, disposizione applicabile anche alle pubbliche amministrazioni in forza dell'art. 19 *quaterdecies*, comma 3, della legge 172/2017: invero, l'indeterminatezza delle prestazioni professionali alle quali l'aggiudicatario sarà tenuto e comprendenti, secondo il disciplinare, lo svolgimento di tutta l'attività contenziosa e stragiudiziale, rende il compenso chiaramente sproporzionato rispetto alla quantità e qualità del lavoro svolto, anche in considerazione del fatto che le questioni che interessano un'amministrazione comunale possono essere di particolare delicatezza e richiedere uno studio anche molto dettagliato; conferma la violazione dei parametri tariffari e del principio dell'equo compenso l'art. 10 del Capitolato che qualifica il compenso "a corpo" o "a forfait"; infine, il bando risulterebbe illegittimo per non aver indicato le modalità seguite per la stima della base d'asta come previsto dalle Linee Guida n. 1/2016 dell'Autorità che, seppur dettate con riferimento ai servizi di ingegneria e architettura, contengono principi applicabili anche al caso di specie;

VISTO, che secondo l'istante, la previsione del requisito relativo all'assenza di contenziosi giudiziali e stragiudiziali nei confronti del Comune di Aosta, pendenti alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte, limiterebbe irragionevolmente la partecipazione di gran parte degli avvocati valdostani (ad eccezione del precedente affidatario) i quali, al solo fine della partecipazione alla gara e a prescindere dall'esito della stessa, si vedono costretti a rinunciare ad incarichi giudiziali e stragiudiziali contro il Comune di Aosta, mentre sarebbe stato sufficiente prevedere l'assenza di contenziosi in corso all'atto dell'eventuale aggiudicazione del servizio per assicurare il rispetto delle norme deontologiche e l'assenza di conflitto di interessi;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 70091 del 24 settembre 2020;

VISTA la memoria acquisita al prot. n. 70912 del 28 settembre 2020 con cui il Comune di Aosta ha replicato alle doglianze dell'istante rappresentando, preliminarmente, di aver approvato una ulteriore revisione della *lex specialis* di gara, in corso di pubblicazione e, quanto al merito: di aver rispettato le forme di pubblicità prescritte dal Codice per l'ipotesi di modifiche sostanziali agli atti di gara, avendo proceduto alla ripubblicazione del bando sulla G.U.C.E. in data 27 agosto 2020, nonché sulla G.U.R.I. e su quattro quotidiani di rilievo nazionale e locale; quanto alla determinazione della base d'asta, nella



determina a contrarre n. 481 del 7 agosto 2020 – recante la revoca in autotutela degli di gara e la contestuale approvazione degli atti rettificati – risulta chiaramente indicato che *“l’importo a base d’asta è stato previsto sulla base del contenzioso storico dell’ultimo quadriennio....prendendo a riferimento, pur se non vincolanti i tariffari professionali ai minimi di legge”* ed, in ogni caso, non sono applicabili alla fattispecie in esame le Linee Guida n. 1/2016, in quanto attuative della previsione normativa di cui all’art. 24, comma 8, del d.lgs. 50/2016 relative ai servizi di ingegneria ed architettura; infine, quanto al requisito di idoneità professionale contestato, il Comune di Aosta ha rappresentato che in applicazione del principio della continuità del possesso dei requisiti è stata richiesta la sussistenza del requisito già alla scadenza dei termini per la presentazione delle offerte;

VISTA la memoria acquisita al prot. n. 71292 del 29 settembre 2020, con cui l’Ordine degli Avvocati di Aosta ha eccepito come il file riepilogativo allegato alla determina a contrarre, in base al quale è stato quantificato il valore stimato a base di gara, confermi la violazione dell’art. 13 bis della L. 247/2012 in quanto, per un verso, non essendo stato allegato alla documentazione di gara, ha impedito ai concorrenti di apprezzare la congruità della base d’asta, costringendoli a formulare un’offerta al buio e, sotto altro profilo, quantifica una spesa media annua relativa al contenzioso – relativa al quadriennio 2016-2019 – pari ad euro 57.591,49, al netto delle spese generali, della cpa e dell’IVA, senza considerare che l’appalto in esame comprende anche l’attività stragiudiziale. La completa aleatorietà del servizio in gara emergerebbe anche dai dati relativi al contenzioso innanzi al TAR relativi all’anno in corso da cui emergono 3 contenziosi definiti con sentenza/ordinanza di cui due afferenti all’affidamento del servizio di distribuzione del gas del valore di euro 67.648.199,00;

RITENUTO, preliminarmente, di prescindere dall’esame della prima questione sollevata nell’istanza di parere in ragione della fondatezza degli ulteriori profili dedotti;

CONSIDERATO, in merito al rilievo sub *b)*, che il diritto del professionista all’equo compenso nello svolgimento di incarichi professionali risulta garantito sia dalla Costituzione, che tutela il diritto *“ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro”* (art. 36), sia dalla legge professionale, che correla la retribuzione al *“contenuto e alle caratteristiche della prestazione legale”* (art. 13 bis, co. 2, L. 247/12). Ai sensi dell’art. 19 *quaterdecies*, comma 3, della legge 172/2017 la pubblica amministrazione, in attuazione dei principi di trasparenza, buon andamento ed efficacia delle proprie attività, garantisce il principio dell’equo compenso in relazione alle prestazioni rese dai professionisti in esecuzione di incarichi affidati: trattasi di normativa che ha già trovato puntuale applicazione nella giurisprudenza amministrativa (cfr. ordinanza TAR Campania n. 1541/2018; TAR Marche sent. n. 761/2019);

CONSIDERATO che la giurisprudenza ha avuto modo di osservare come, negli affidamenti di servizi legali, la previsione della corresponsione di un corrispettivo fisso, indipendentemente dal numero di contenziosi di cui il professionista verrà effettivamente incaricato, determini la contrarietà della *lex specialis* alla legge professionale e la violazione del principio dell’equo compenso (ordinanza TAR Lombardia n. 1720/2019; in senso analogo, TAR Sicilia, sent. n. 334/2017); invero, una retribuzione forfettaria, del tutto disancorata dalla quantità e qualità del lavoro effettivamente svolto, trasforma l’appalto da tipico contratto commutativo a contratto aleatorio;

CONSIDERATO, inoltre, che non può sottacersi come tale previsione sia foriera di rischi per la stessa Amministrazione, la quale potrebbe trovarsi a corrispondere un importo di gran lunga maggiore rispetto alla reale quantità e qualità di prestazioni che verranno eseguite dal professionista-aggiudicatario, con possibile violazione dell’art. 30, comma 1, del d.lgs. 50/2016, ai sensi del quale *“L’affidamento e*



l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni ai sensi del presente codice garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza;

CONSIDERATO che anche nelle Linee Guida n. 12, aventi ad oggetto l'affidamento dei servizi legali, approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 907 del 24 ottobre 2018, è stato precisato che "nella motivazione sull'affidamento dell'incarico si può giustificare alternativamente la congruità del compenso pattuito sulla base di un confronto con la spesa per precedenti affidamenti, o con gli oneri riconosciuti da altre amministrazioni per incarichi analoghi o, ancora, con i parametri fissati nel decreto ministeriale 10 marzo 2014, n. 55, «Regolamento recante la determinazione dei parametri per la liquidazione dei compensi per la professione forense, ai sensi dell'articolo 13, comma 6, della legge 31 dicembre 2012, n. 247», come modificato ad opera del decreto ministeriale 8 marzo 2018, n.37..."; in altri termini, è solo con riferimento al singolo incarico professionale, determinato e definito, che può essere correttamente stimato l'importo del corrispettivo;

RILEVATO che il bando di gara in oggetto è volto all'affidamento del servizio legale di patrocinio e consulenza del Comune di Aosta nel contenzioso giudiziale e stragiudiziale dinanzi alle autorità giudiziarie ordinarie e speciali in ogni fase e grado, ivi compresa quella cautelare, dell'attività di formulazione di pareri legali di precontenzioso attinenti a fattispecie concrete, anche stragiudiziali, connaturati al servizio, consultazioni orali che esauriscono la pratica e pareri, anche telefonici o telematici che non importino informativa a studio particolare, volti a definire in via stragiudiziale fattispecie giuridiche concrete;

RILEVATO che ai sensi dell'art. 10 del Capitolato speciale d'appalto, "Il contratto...è a corpo. L'importo complessivo risultante dal ribasso...ha carattere forfettario, costituisce corrispettivo a copertura della prestazione professionale intellettuale del soggetto aggiudicatario ed è pagato frazionato su base mensile...";

RILEVATO, inoltre, che nella determina a contrarre n. 481 del 7 agosto 2020 – recante la revoca in autotutela degli di gara e la contestuale approvazione degli atti rettificati – l'Amministrazione ha rappresentato che "l'importo a base d'asta è stato previsto sulla base del contenzioso storico dell'ultimo quadriennio....prendendo a riferimento, pur se non vincolanti i tariffari professionali ai minimi di legge";

RITENUTO che la scelta di determinare il prezzo posto a base di gara sulla base della tipologia e quantità del contenzioso degli anni precedenti depone per una adeguata istruttoria e costituisce un criterio sostanzialmente condivisibile. Tuttavia, l'importo in tal modo stimato non può che fungere da somma massima a disposizione dell'amministrazione per la remunerazione del servizio - come se la procedura fosse finalizzata alla stipula di un accordo quadro -, mentre ogni singolo incarico – sia relativo all'attività giudiziale che stragiudiziale – deve essere compensato nel rispetto dei criteri sopra richiamati, al fine precipuo di evitare la violazione del principio dell'equo compenso;

RITENUTO, invece, che risulta infondata la doglianza relativa all'omessa esplicitazione del procedimento seguito per la determinazione del corrispettivo; invero, per un verso, un simile obbligo non risulta previsto dalla normativa primaria né è richiamato dalle Linee Guida n. 12/2018 sull'affidamento dei servizi legali; sotto altro aspetto, si rappresenta che il richiamo ai principi espressi nelle Linee Guida n. 1/2016 risulta inconferente in ragione della diversa natura dei servizi da affidare e delle peculiarità che caratterizzano il procedimento per la stima dei compensi nei servizi di ingegneria ed architettura; infine, con riferimento alla gara in esame, la conoscenza dell'uso del criterio seguito dall'Amministrazione, ovvero quello del contenzioso storico, appare sostanzialmente ininfluenza ai fini della determinazione della congruità del



compenso proprio in ragione dell'indeterminatezza del complesso delle prestazioni affidate all'aggiudicatario;

CONSIDERATO, con riferimento al quesito sub *c*), che nelle Linee Guida n. 12, è stato osservato come "I conflitti di interesse nell'esecuzione dell'incarico conferito all'avvocato sono regolati dal Codice Deontologico Forense (si veda, in particolare, l'articolo 24). Ai sensi di tale disposizione, fra l'altro, l'avvocato deve astenersi dal prestare attività professionale quando questa possa determinare un conflitto con gli interessi della parte assistita e del cliente o interferire con lo svolgimento di altro incarico anche non professionale. In caso di costituzione di un elenco di professionisti, la valutazione dell'assenza di una situazione di conflitto di interesse in capo al professionista va effettuata al momento dell'affidamento del contratto, al fine di evitare una ingiustificata restrizione della libertà di iniziativa economica del professionista, il quale sarebbe altrimenti costretto a rinunciare, a priori, a qualsiasi incarico di patrocinio legale contro la stessa amministrazione, per la mera aspettativa di un futuro incarico di difesa o di consulenza con la medesima amministrazione";

CONSIDERATO che il principio affermato, benché declinato con riferimento all'ipotesi della costituzione di un elenco di professionisti, appare pacificamente estensibile anche ad una procedura di gara finalizzata all'individuazione del professionista-aggiudicatario: invero, la compressione della libertà di iniziativa economica che deriva dall'obbligo di rinuncia preventiva degli incarichi già affidati, aventi come controparte il Comune di Aosta, risulta eccessiva e sproporzionata, ben potendo l'Amministrazione tutelare l'assenza del conflitto di interessi richiedendo ai concorrenti di formalizzare, all'atto della partecipazione alla gara, l'impegno alla rinuncia degli incarichi precedentemente affidati in caso di eventuale aggiudicazione del servizio;

Il Consiglio

Ritiene, nei limiti delle motivazioni che precedono, che:

- la previsione di un corrispettivo fisso o a forfait è contrario alla legge professionale e alla disciplina dell'equo compenso;
- negli appalti aventi ad oggetto l'affidamenti di servizi legali, è assente una previsione normativa che obblighi le Stazioni appaltanti ad esplicitare, negli atti di gara, il procedimento seguito per la determinazione del compenso da porre a base di gara;
- l'assenza del conflitto di interessi può essere ragionevolmente garantita mediante la previsione dell'assenza di contenziosi nei confronti del Comune di Aosta, in qualità di patrocinante, quale condizione per l'esecuzione del servizio.

Il Presidente

Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 3 novembre 2020

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

(firmata digitalmente)