

PROCEDURA N. 57/2019

**AVVISO DI INDAGINE DI MERCATO PER MANIFESTAZIONE DI INTERESSE
AFFIDAMENTO SERVIZI LEGALI DI CONSULENZA E ASSISTENZA
STRAGIUDIZIALE
DIRITTO AMMINISTRATIVO**

COMUNICAZIONE PER I CONCORRENTI N. 2

del 16/04/2019

D. *L'avviso precisa che il Professionista aggiudicatario dovrà prestare individualmente la propria attività anche in alcune materie che però tradizionalmente esulano dalle competenze proprie dell'avvocato amministrativista, quali, in particolare, la prevenzione della corruzione, i modelli organizzativi di gestione ex d.lgs. 231/2001 e la privacy. Desideriamo sottoporre alla Vostra attenzione due profili che, ad avviso di chi scrive, limitano eccessivamente la partecipazione di potenziali concorrenti.*

A. *L'eterogeneità dell'incarico potrebbe rivelarsi un ostacolo alla partecipazione di professionisti esperti in diritto amministrativo, un restringimento della concorrenza reso più intenso da altre clausole che si trovano nella lex specialis di gara, come ad esempio l'implicito divieto di partecipazione in ATI e del ricorso al subappalto e all'avvalimento, che avrebbero invece consentito al professionista esperto di diritto amministrativo di farsi affiancare dalle ulteriori professionalità necessarie all'espletamento dell'incarico. L'eterogeneità rilevata potrebbe anche essere il frutto di una svista; il Vostro avviso per la costituzione di un elenco di avvocati cui affidare gli incarichi giudiziali (contestualmente avviato con procedura n. 61/2019) prevede infatti la suddivisione dell'elenco in sezioni e il condivisibile affidamento dei "reati contro la pubblica amministrazione", dei "reati presupposto di cui al d.lgs. 231/2001" e della tutela della privacy ai professionisti iscritti nella sezione di diritto penale, e non già a quelli iscritti nella sezione di diritto amministrativo. Per le ragioni esposte, quindi, Vi chiediamo di:*

- *rettificare l'avviso per la gara n. 57/2019 ed espungere dall'oggetto dell'incarico le attività inerenti alla prevenzione della corruzione, ai modelli organizzativi di gestione ex d.lgs. 231/2001 e alla privacy;*
- *alternativamente, consentire la partecipazione di professionisti in ATI, atteso che le esigenze di coordinamento delle diverse professionalità legali richieste possono essere garantite solo mediante la cooperazione tra diversi avvocati.*

B. *L'avviso prevede che l'elenco sia conferito a un unico professionista, persona fisica, incaricato ed esecutore delle prestazioni. Senonchè, l'ampiezza delle materie giuridiche che formano l'oggetto dell'incarico e la durata triennale del contratto sconsigliano così rigide (e superate) modalità di esecuzione delle prestazioni. Anche le caratteristiche del servizio elencate nell'avviso (rapido/immediato*

riscontro, elevate competenze specialistiche, carattere fiduciario del rapporto, approfondita conoscenza dell'organizzazione e delle esigenze dell'azienda) non dovrebbero impedire, ma anzi consigliare, la partecipazione di un pool di professionisti che, facendo parte della medesima associazione (come ad esempio studi associati, società di avvocati, etc.), possano mettere a disposizione della committente una struttura organizzativa che è, per sua natura, molto più in grado di garantire un'assistenza continua, altamente qualificata e con un elevato grado di coordinamento interno. Per le ragioni sopra esposte, quindi, Vi chiediamo di estendere la partecipazione anche a gruppi di professionisti che sono parte della medesima associazione.

R.

A. Sull'eterogeneità dell'incarico.

L'art. 2.1 dell'avviso indica le prestazioni richieste:

-in via esemplificativa, per consentire ai candidati di conoscere le problematiche maggiormente ricorrenti,

-per i profili di competenza, per rappresentare che il Professionista dovrà prestare la propria attività esclusivamente per i profili di diritto amministrativo, esclusi dunque quelli penalistici.

La nozione di "corruzione amministrativa", più estesa di quella penale e focalizzata sulla prevenzione anziché sulla repressione, è poi precipuamente amministrativa in quanto attinente ai processi amministrativi e alla loro corretta ed efficiente gestione. Il vigente impianto normativo prevede infatti che anche le società in controllo pubblico integrino il MOG 231 con misure idonee a prevenire i fenomeni di corruzione e di illegalità in coerenza con il d.lgs. 190/2012 e nel rispetto della disciplina relativa alla trasparenza, che comprende anche il Regolamento sulla privacy (GDPR).

La definizione completa e coerente degli strumenti nel complessivo sistema di prevenzione richiede l'ausilio di più professionalità integrate, e tra queste anche e soprattutto quella dell'avvocato amministrativista.

Non sussiste quindi eterogeneità in relazione alle prestazioni di cui alla lett. a4), in quanto limitate alle sole competenze amministrativistiche.

A conferma, il medesimo oggetto è anche inserito fra le prestazioni esemplificamente indicate all'art. 2.1 dell'analogo avviso 60/2019 relativo al diritto penale.

Ne deriva che, da un lato, non è possibile espungere dall'oggetto dell'incarico di diritto amministrativo le attività inerenti alla prevenzione della corruzione, ai modelli organizzativi di gestione ex d.lgs 231/2001 e alla privacy, da un altro lato non è necessario prevedere la partecipazione in ATI anche di professionisti esperti in diritto penale.

Impregiudicata, ovviamente, la piena facoltà di GTT, ove necessario, di integrare le professionalità attinenti ai diversi settori del diritto oggetto di affidamento.

Si evidenzia infine che:

- non si ravvisa incoerenza con gli avvisi per la costituzione di elenchi di avvocati cui affidare gli incarichi giudiziari: proprio in ragione delle finalità preventive e non repressive del sistema di prevenzione della "corruzione amministrativa", le materie in questione non sono considerate fra quelle oggetto di possibili incarichi giudiziari ad avvocati amministrativisti e sono state invece comprese fra quelle oggetto di incarichi ad avvocati penalisti;

- ai fini dell'ammissione è richiesta l'esperienza derivante da contratti analoghi, i quali non devono dunque necessariamente comprendere tutte le singole voci elencate in via esemplificativa all'art. 2.1, ma presentare complessiva attinenza.

B. Sulle modalità di esecuzione della prestazione.

Neppure sussiste eterogeneità fra le prestazioni di cui alla lett. a4) e quelle di cui

alle altre lettere dell'art. 2.1 (che, si ribadisce, rappresentano mera esemplificazione).

L'oggetto di cui alla lett. a4), infatti, ha carattere trasversale e immanente ad ogni attività, con essenziale ricaduta su tutti i processi amministrativi e, in particolare, sull'area di rischio acquisti, in tutte le sue fasi.

Analogamente, sussiste stretta ed intima interconnessione tra gli ambiti in cui si esplica l'attività amministrativa di GTT, interconnessione che, ai fini dell'ottimale prestazione del servizio, richiede ed impone al Professionista di acquisire personalmente la conoscenza complessiva e unitaria delle varie questioni riconducibili all'ambito amministrativo.

Per soddisfare le esigenze descritte questa impresa, nell'esercizio della propria discrezionalità, ha dunque previsto modalità di esecuzione che prevedono l'affidamento dell'incarico ad unico Professionista, costantemente aggiornato sull'andamento dell'attività del Committente e, perciò, in grado di considerare al meglio e unitariamente le azioni e i loro effetti.

L'affidamento ad unico Professionista non preclude a quest'ultimo la facoltà di avvalersi della propria struttura e dei propri collaboratori (art. 2.3.3 dell'avviso) e, dunque, di organizzarsi per rendere la prestazione.

D. *Si chiede conferma che la prescrizione di cui all'art. 3.1 lett. g) secondo punto dell'Avviso – laddove richiede ai fini della dimostrazione della specifica competenza ed esperienza nel settore di partecipazione per l'eventualità di assistenza giudiziale correlata, la presentazione di un elenco di almeno tre incarichi di assistenza giudiziale in materia ad esso affidati nell'ultimo triennio da Pubbliche amministrazioni o società a partecipazione pubblica o loro amministratori – costituisca un mero refuso e debba, quindi, considerarsi tamquam non esset". Tale opzione interpretativa, infatti, appare: i. l'unica coerente con l'impianto dell'unitaria procedura di affidamento pubblicata, considerando che una siffatta restrizione tecnico-professionale per accedere al confronto competitivo non si rinviene nemmeno nella sua sede privilegiata, ovvero la parallela procedura per la costituzione dell'elenco di avvocati per il patrocinio in giudizio (anche) nel settore del diritto amministrativo, in cui evidentemente il vaglio dello spessore professionale dell'avvocato nella difesa giudiziale assume carattere centrale e non accessorio come in quella che qui occupa;*

ii. per l'effetto, la sola logica, ragionevole e proporzionata all'obiettivo che emerge da una lettura complessiva e sistematica delle regole della procedura che sono state fissate. Diversamente opinando, infatti, si giungerebbe alla conclusione che il medesimo incarico, la difesa in giudizio della Società correlata alle tematiche, sostanzialmente coincidenti, di matrice amministrativistica specificate nei due Avvisi, la Società dovrebbe affidarsi, prioritariamente, a specialisti del contenzioso giurisdizionale che potrebbero essere muniti di uno spessore professionale minimo significativamente inferiore rispetto allo specialista della consulenza stragiudiziale altrimenti selezionato e che prioritariamente deve essere destinato ad altro e che non può salvo casi eccezionali ricevere incarichi di difesa giudiziale (cfr. art. 5.7. Avviso procedura per la costituzione elenco Avvocati per servizi di assistenza giudiziale);

iii. l'unica idonea a superare la consistente disarmonia rilevata.

R. La richiesta non costituisce refuso.

L'art. 2.2 dell'avviso ha previsto l'eventualità di affidamento al Professionista di incarichi di assistenza giudiziale solo a titolo di variante, condizionata sia alla correlazione a questioni già oggetto di consulenza sia alla acquisizione di preventivo che tenga conto delle economie derivanti dalla correlazione medesima.

Considerato che è interesse di GTT, per i conseguenti vantaggi in termini di competenza e di economicità, affidare al Professionista l'assistenza giudiziale in questioni correlate, di cui non è allo stato conoscibile la complessità e rilevanza, si

giustifica la richiesta del requisito di (del resto minima) esperienza giudiziale. Non sussiste incoerenza con le previsioni contenute nell'avviso per la costituzione di elenchi (proc.61/2019): ai fini del conferimento degli incarichi, infatti, gli avvocati da esso considerati saranno selezionati, anzitutto, in base alla "esperienza e specifica competenza". E dunque la maggiore esperienza anche giudiziale sulle questioni oggetto del giudizio sarà valorizzata. Per contro, nell'obiettivo di massima apertura e per favorire l'accesso anche di giovani professionisti, la specifica esperienza giudiziale non è stata introdotta quale requisito di ammissione, essendo richiesta solo l'indicazione nel curriculum delle "specifiche competenze acquisite, con particolare evidenza di quelle utili alla comprova degli ambiti di specializzazione indicati".

IL RESPONSABILE DEL PROCEDIMENTO
(Gabriele Bonfanti)

DOCUMENTO FIRMATO IN ORIGINALE