



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 774 del 20 luglio 2016

Fascicolo n. 5439/2015

Oggetto: Verifiche circa le modalità di affidamento dei servizi di assistenza legale di cui all'allegato II B del Codice dei contratti pubblici.

Stazione Appaltante: ATAC S.p.A.

Riferimenti normativi: artt. 20, 27, 65 e 225 d.lgs. 163/2006.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

- Visto l'articolo 19, comma 2, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorità nazionale anticorruzione;
- Visti il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e successive modificazioni e il d.lgs. 18 aprile 2016, n.50;
- Vista la relazione dell'ufficio UPVS.

1. Premessa e fatto

A seguito della segnalazione acquisita al protocollo Anac n. 138863 del 22/10/2015 con cui l'ex Assessore alla mobilità e ai trasporti di Roma Capitale, Dott. Stefano Esposito, ha denunciato scarsa trasparenza nella gestione degli affidamenti legali di Atac S.p.A., l'Autorità, nell'ambito dell'assolvimento dei propri compiti istituzionali, ha ritenuto di approfondire le modalità con le quali Atac S.p.A. ha proceduto all'affidamento di servizi legali nel periodo 2011 - 2015, mediante l'acquisizione dello SMARTCIG, ed a tal fine, sono stati estratti dalla banca dati nazionale (BDNCP) gli affidamenti di servizi legali attivati dalla stessa società nel periodo 2011/2015.

Dall'analisi dei dati è emerso un elevato numero di servizi legali affidati all'esterno, nonostante la presenza in Atac S.p.A. di avvocati abilitati all'esercizio della professione assunti per lo svolgimento delle funzioni legali della società, ed il frequente ricorso all'affidamento diretto per tale tipologia di servizi nel periodo di riferimento. L'Autorità, pertanto, al fine di acquisire maggiori informazioni in



Autorità Nazionale Anticorruzione

relazione a quanto riscontrato, ha chiesto ad Atac S.p.A. di inviare, entro 30 giorni, la seguente documentazione:

- a) le delibere con cui il Consiglio di Amministrazione ha rinvenuto la necessità di acquisire tali servizi all'esterno e le relative motivazioni;
- b) una relazione dettagliata sulle procedure poste in essere, tenuto conto delle professionalità presenti in Atac S.p.A., con riferimento al frequente ricorso all'affidamento diretto riscontrato nel periodo di riferimento;
- c) l'elenco degli avvocati dipendenti di Atac S.p.A. ed i relativi *curricula*.

Con nota prot. ingresso ANAC n. 163773 del 2/12/2015, Atac S.p.A. ha inviato una relazione contenente il quadro normativo e regolamentare in materia di affidamenti pubblici, le modalità di gestione dei servizi legali e degli incarichi professionali, le attribuzioni ed i poteri aziendali in materia di incarichi a professionisti esterni, l'analisi dei dati di affidamento di attività legali nel periodo 2011-2015 ed ha trasmesso in allegato il documento "Pianificazione, acquisizione e monitoraggio consulenze", l'elenco degli avvocati dipendenti di Atac S.p.A. corredato dei relativi *curricula*, le percentuali di assegnazione di fascicoli/cause agli avvocati interni ed ai consulenti esterni suddivisi per materia, l'elenco degli affidamenti per attività di consulenza legale relativi al periodo 2011-2015 e l'elenco degli affidamenti per attività di patrocinio legale.

In primo luogo Atac S.p.A. ha richiamato gli orientamenti giurisprudenziali e le determinazioni dell'Autorità (determinazione n. 4/2011), secondo cui il servizio legale, inteso come mera prestazione di patrocinio legale, è qualificabile come contratto d'opera intellettuale, regolato dall'art. 2229 e seguenti del codice civile. Si configurano invece, quali affidamenti di servizi legali, quei servizi che, non limitandosi al patrocinio legale, si caratterizzano quale strutturata modalità organizzativa di un servizio più complesso ed articolato che può certamente comprendere anche la difesa giudiziale, ma che in essa non si esaurisce, ricomprendendola in un'ampia e continuativa fornitura di consulenza legale. Al riguardo, la Società ha rappresentato che la maggior parte degli incarichi conferiti ad esterni rientra nella prima fattispecie, non riconducibile pertanto a consulenze legali, ed ha evidenziato la diminuzione del ricorso a consulenze esterne nell'ultimo triennio.

Relativamente agli incarichi di patrocinio legale conferiti da Atac S.p.A. ad avvocati esterni nel quinquennio 2011 - 2015, la società ha sottolineato che si riferiscono al 20,6% del totale dei giudizi e che il numero complessivo di nuove cause sta registrando una costante diminuzione.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Atac S.p.A. ha poi illustrato la propria organizzazione interna, facendo riferimento: 1) alla fusione, intervenuta nel 2010, tra ATAC, Trambus e Metro; 2) alla istituzione della Direzione Affari Legali suddivisa in tre Aree di competenza la cui responsabilità è affidata ad avvocati iscritti all'Elenco Speciale; 3) alle attribuzioni di competenza del Consiglio di Amministrazione, tra cui la nomina dell'Amministratore Delegato ed il conferimento allo stesso dei relativi poteri. Riguardo a tale ultimo punto, Atac S.p.A. ha precisato che la gestione delle tematiche relative alla tutela giudiziale e stragiudiziale dell'azienda è sempre stata affidata agli Amministratori Delegati *pro tempore*, i quali hanno attribuito gli incarichi a professionisti di comprovata esperienza nel settore, in via fiduciaria ed *intuitus personae*.

La Società, inoltre, ha sottolineato che, diversamente dagli incarichi di tutela legale in giudizio, la formalizzazione degli incarichi di consulenza legale, una volta esaurita la procedura selettiva del professionista, segue il sistema di deleghe e procure "*di tempo in tempo vigente*".

Dalla lettura dei documenti forniti da Atac S.p.A. e dalle argomentazioni in essi contenute, l'Autorità, ha deliberato di comunicare le osservazioni, di seguito riportate, che sono state trasmesse ad Atac S.p.A. con nota prot. n. 51394 del 31.03.2016. Con la nota in questione l'Autorità, ha fatto presente, da quanto rappresentato dalla stessa Atac S.p.A., e dalle informazioni dalla stessa fornite circa gli affidamenti di servizi legali di consulenza rientranti tra quelli di cui all'allegato II B del Codice dei contratti pubblici (CIG, affidatari ed importi) nonché dal confronto di tali informazioni con i dati estratti dalla BDNCP, che:

- A) nell'anno 2013 l'importo complessivo dei contratti di consulenza legale affidati dalla società con affidamento diretto e senza l'espletamento di alcuna gara è stato pari a euro 345.246,68 per un numero complessivo di 16 affidamenti. Va, a questo punto, precisato che i servizi di consulenza legale, pur rientrando nei contratti di cui all'allegato II B del Codice e da considerarsi pertanto parzialmente esclusi dall'applicazione del Codice stesso, sono comunque assoggettati, indipendentemente dal loro importo, alle regole di pubblicità di cui agli artt. 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento) e 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati) ai sensi di quanto previsto dall'art. 20 del medesimo Codice, nonché al rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, ed i relativi affidamenti devono essere preceduti da invito rivolto ad almeno cinque concorrenti (art. 27, comma 1). Sulla base delle citate disposizioni normative, peraltro richiamate dall'Autorità in propri



Autorità Nazionale Anticorruzione

atti (deliberazione n. 4/2010), gli affidamenti di servizi legali, indipendentemente dal metodo di scelta del contraente utilizzato, sono da ritenersi assoggettati alla precipua disciplina dettata dal codice per i servizi di cui all'allegato II **B** e pertanto anche gli affidamenti diretti devono essere preceduti da invito rivolto ad almeno cinque concorrenti. Tenuto conto che in banca dati la stazione appaltante ha indicato quale modalità di affidamento quella diretta, non risulta che per tali appalti sia stato rispettato quanto previsto dall' art. 27, comma 1;

- B) negli anni 2013 e 2014, non risulta essere stato richiesto il CIG per 9 affidamenti (rispettivamente 8 nel 2013 per complessivi euro 207.477 e 1 nel 2014 per euro 3.120). Configurandosi con ciò un sostanziale inadempimento rispetto alle disposizioni normative vigenti in materia di tracciabilità dei flussi finanziari ed agli obblighi che ne derivano;
- C) sono state riscontrate alcune discordanze tra i dati trasmessi da Atac S.p.A. e quelli estratti dalla BDNCP. Infatti, dal raffronto con i dati estratti risultava quanto segue:
- in BDNCP non è stato trovato alcun riscontro, nonostante le previsioni circa l'invio dati ai sensi dell'art. 7, comma 8 del previgente Codice dei contratti pubblici, degli affidamenti corrispondenti ai seguenti CIG comunicati da Atac S.p.A.: CIG n. 437008771CE e CIG n. 43706728AO relativi a due affidamenti del 2012; CIG n. 5870120045, relativo ad una prestazione professionale del 2014 e il CIG n. 55760058E2, relativo ad una consulenza legale del 2013.
 - gli importi comunicati da Atac S.p.A. relativamente agli affidamenti contraddistinti dai seguenti CIG non sono coerenti con gli importi rilevati in BDNCP: CIG n. 5237787690 del 2013 (l'importo comunicato da Atac S.p.A. è di euro 20.800 mentre quello rilevato in banca dati è di euro 49.920), CIG n. 4593571EB1 del 2012 (l'importo comunicato da Atac S.p.A. è di euro 26.000 mentre quello rilevato in banca dati è di euro 74.880), CIG n. 3513177D5C del 2011 (l'importo comunicato da Atac S.p.A. è di euro 6.066,66 mentre quello rilevato in banca dati è di euro 36.400) e CIG n. 36703905A4 del 2011 (l'importo comunicato da Atac S.p.A. è di euro 37.501,01 mentre quello rilevato in banca dati è di euro 40.359,33).



Autorità Nazionale Anticorruzione

Con nota del 27/04/2016 prot ingresso ANAC n. 66885, l'Amministratore Unico di Atac S.p.A., facendo seguito alla nota con cui l'Autorità, ha ulteriormente relazionato con riferimento alle questioni sollevate e di seguito riportate:

- a) *nel corso del 2013 risulterebbero affidati in via diretta "Servizi legali"- ricompresi nell'allegato II B) del Codice degli appalti, in violazione delle prescrizioni di cui agli art. 27 comma 1 (invito di almeno cinque concorrenti), art. 65 (avviso sui risultati delle procedure di affidamento) e art. 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati) del D.lgs. 163/2013;*
- b) *la mancata acquisizione dei CIG in ordine a nove incarichi di consulenza (otto nel 2013 ed uno nel 2014), così eludendo la disciplina sulla tracciabilità dei flussi finanziari;*
- c) *l'assenza in BDNCP dei CIG n. 437008771CE e n. 43706728AO comunicati da Atac S.p.A. con la citata nota del 1 dicembre u.s., nonché il mancato perfezionamento nel sistema Simog dei CIG n. 5870120045 e 55760058E2. E' stato infine evidenziato in quattro casi, il disallineamento tra i valori contrattuali comunicati da Atac S.p.A. rispetto a quelli rilevabili dalla BDNCP e relativi ai medesimi incarichi legali.*

Con la nota in questione, infatti, l'Amministratore unico, in riferimento alla presunta violazione delle norme del Codice dei contratti pubblici, ha confermato quanto già rappresentato nella precedente corrispondenza, circa l'errata qualificazione da parte della stessa Atac S.p.A. degli affidamenti in esame. Ed invero, nonostante l'Autorità con Determinazione n. 10 del 22 dicembre 2010, avesse raccomandato alle Stazioni Appaltanti di porre particolare attenzione nell'operare la distinzione tra contratto di lavoro autonomo ed il contratto di appalto di servizi, disciplinato dal Codice dei Contratti e soggetto alle regole di tracciabilità, e che tale raccomandazione, attesa la "stretta contiguità tra le figure dell'appalto di servizi e del contratto di prestazione d'opera intellettuale di cui agli artt. 2230 e sego Cod. Civ." - fosse stata reiterata con la successiva Determinazione n.4 del 7 luglio 2011, Atac S.p.A., su cui gravava il relativo onere, ha nel tempo operato una inesatta qualificazione giuridica della fattispecie.

La Società, infine, ha fatto presente che il complesso dei servizi legali, infatti, come già esposto nella richiamata nota del 1 dicembre 2015, è garantito in via generale dalla struttura interna, mentre si ricorre in via residuale a legali esterni essenzialmente nel patrocinio giudiziale e solo occasionalmente in attività di consulenza. Circostanza dimostrata dal *trend* decrescente nell'ultimo triennio dei costi sostenuti dalla Società per gli incarichi esterni di natura legale. Preso atto della diversa ed errata rappresentazione derivata dalla non corretta applicazione delle disposizioni in materia di tracciabilità dei flussi finanziari,



Autorità Nazionale Anticorruzione

Atac S.p.A. ha modificato la relativa prassi, in adesione agli indirizzi assunti dall'Autorità con le richiamate Determinazioni n. 10/2010 e n. 4/2011 .

In tal senso, Atac S.p.A. afferma che procederà ad acquisire i CIG unicamente nelle ipotesi di affidamento di "Servizi legali ", ricorrendone gli elementi distintivi individuati anche di recente dalla Magistratura contabile (Cfr. Corte dei Conti Lombardia, Par. 178/2014).

Per contro, Atac S.p.A. ha dichiarato che non procederà a richiedere i CIG nel caso in cui gli affidamenti di incarichi legali, tanto di natura consulenziale che di assistenza in giudizio, integrino prestazioni d'opera intellettuale estranee al perimetro oggettivo di applicazione del d.lgs. 163/2006. Fermi, in ogni caso, i corrispondenti obblighi di pubblicità e trasparenza di cui al d.lgs. 33/2013.

Ha in ultimo fatto presente che, salvo diverso avviso, non procederà ad acquisire, ora per allora, i CIG mancanti, atteso che gli affidamenti di che trattasi, come già precisato, non sono inquadrabili nella più articolata fattispecie di "Servizi legali". Per quanto riguarda le discordanze tra i dati trasmessi e quelli estratti dalla BDNCP, acquisite le opportune informazioni dalla competente funzione aziendale, Atac S.p.A. ha ulteriormente precisato:

- per un mero errore formale sono stati comunicati codici alfanumerici non corretti corrispondenti ai CIG n. 43708771CE e n. 43706728AO. Per pronto riscontro ha allegato le copie della relative schede Simog e dei corrispondenti ordini di acquisto; - I CIG n. 5870120045 e CIG n. 55760058E2 che risultavano ancora in lavorazione, sono stati perfezionati a sistema;
- il rilevato disallineamento tra i valori contrattuali degli affidamenti registrati in BDNCP e quelli minori trasmessi con la nota del 1 dicembre 2015, è determinato dalla circostanza che i primi sono importi preventivati, mentre i secondi sono rappresentativi di quanto effettivamente riconosciuto al professionista. Si conferma, pertanto, che il valore originario degli incarichi è quello registrato in BDNCP.

Le ulteriori controdeduzioni di Atac S.p.A. hanno chiarito esclusivamente le criticità relative al punto C). Nelle stesse controdeduzioni Atac S.p.A. ha ammesso che nel tempo ha operato una inesatta qualificazione giuridica della fattispecie delle consulenze e servizi legali. Per quanto sopra, l'Autorità rileva che Atac S.p.A. nel tempo abbia operato una inesatta qualificazione giuridica della fattispecie dei servizi legali i quali pur rientrando nel precedente d.lgs. 163/2006 nei contratti di cui all'allegato II B e (contratti parzialmente esclusi dall'applicazione del Codice stesso), erano comunque assoggettati, indipendentemente dal loro importo, alle regole di pubblicità di cui agli artt. 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento) e 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati) ai sensi di quanto previsto dall'art. 20 del medesimo decreto legislativo, nonché al rispetto dei principi di economicità, efficacia,



Autorità Nazionale Anticorruzione

imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, ed i relativi affidamenti dovevano essere preceduti da invito rivolto ad almeno cinque concorrenti (art. 27, comma 1).

Ritenuto in diritto

L'art. 20 comma 1, del previgente d.lgs. n. 163/2006 stabilisce che: “l’aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B (tra cui i Servizi Legali) è disciplinata esclusivamente dall'art. 68 (specifiche tecniche), dall'articolo 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento), dall'articolo 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati)”.

Occorre, inoltre, tener conto del disposto del successivo art. 27, ai sensi del quale l'affidamento dei contratti pubblici esclusi, in tutto o in parte, dall'applicazione dello stesso d.lgs. n. 163/2006, doveva avvenire “nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità”.

Tali regole, tese ad evitare il pericolo concreto di violazione della imparzialità della stazione appaltante e quindi poste a tutela della correttezza del procedimento e dell'azione amministrativa, vanno considerate imperative e come tali inderogabilmente applicabili sulla base di canoni di interpretazione sistematica.

Il principio generale nel quale occorre sussumere le disposizioni interessate è, quindi, quello della trasparenza e imparzialità dell’operato della pubblica amministrazione, a maggior ragione considerando che l'articolo 2 comma 3 del predetto codice dei contratti prevedeva che dovevano essere, altresì, rispettate le disposizioni sul procedimento amministrativo di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, il cui art. 1 evidenzia che l’azione amministrativa deve essere retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza.

Con particolare riferimento al tenore dell'art. 20 del previgente codice dei contratti, in base al quale l’aggiudicazione degli appalti aventi oggetto i servizi e gli altri indicati nell’elenco allegato II B era disciplinata esclusivamente dagli artt. 68 (specifiche tecniche), 65 (avviso sui risultati della procedura) e 225 (avviso sugli appalti aggiudicati), lo stesso non presupponeva affermare un principio per cui l’art. 20 avesse introdotto una deroga all’applicazione di gran parte delle norme del codice degli appalti (in contrario ad una deroga generalizzata, v. Cons. di Stato, sez. V, n.4510/2012). L’orientamento sembra doversi contenere nella confermata applicabilità di tutte le norme del codice che abbiano una valenza di principio generale, senza quindi potersi spingere ad applicare cause di esclusione non espressamente previste dalla normativa, stante peraltro il principio di tassatività delle stesse in correlazione con quello di massima partecipazione (Cons. di Stato, sez.V, n.7672/2010).



Autorità Nazionale Anticorruzione

Tutto ciò considerato in fatto e ritenuto in diritto

DELIBERA

- che Atac S.p.A. nel tempo ha operato una inesatta qualificazione giuridica della fattispecie dei servizi legali;
- che Atac S.p.A. non ha rispettato quanto previsto dall'art. 27, comma 1 del precedente codice dei contratti (d.lgs. 163/2006) con riferimento ai servizi legali di cui all'allegato II B (contratti parzialmente esclusi dall'applicazione del Codice), poiché gli stessi erano comunque assoggettati, indipendentemente dal loro importo, alle regole di pubblicità di cui agli artt. 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento) e 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati) ai sensi di quanto previsto dall'art. 20 del medesimo decreto legislativo, nonché al rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, ed i relativi affidamenti dovevano essere preceduti da invito rivolto ad almeno cinque concorrenti.
- l'invio della presente Deliberazione ad Atac S.p.A. da parte dell'Ufficio Piani di Vigilanza e Vigilanze Speciali, con richiesta di pubblicarla sul sito istituzionale della società;
- L'invio del presente deliberato alla Procura della Repubblica di Roma ed alla Procura Generale della Corte dei Conti, per i profili di propria competenza.

Raffaele Cantone

Depositata presso la Segreteria del Consiglio in data 2 agosto 2016
Il Segretario, Maria Esposito