

Deliberazione n. 105/2018/VSGO



Corte dei Conti

Sezione Regionale di Controllo per l'Emilia-Romagna

composta dai magistrati:

dott. Carlo Greco	presidente
dott. Massimo Romano	consigliere
dott. Paolo Romano	consigliere
dott. Alberto Stancanelli	consigliere
dott. Riccardo Patumi	consigliere (relatore)
dott. Federico Lorenzini	primo referendario

Adunanza del 22 maggio 2018

Comune di Mirandola (MO) - Relazione sui servizi legali attribuiti nel 2015

Visto l'art. 100, comma secondo, della Costituzione;

Visto il testo unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con R.D. 12 luglio 1934, n. 1214 e successive modificazioni;

Vista la legge 14 gennaio 1994, n. 20, recante disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti;

Vista la deliberazione delle Sezioni riunite della Corte dei conti n. 14 del 16 giugno 2000, che ha approvato il regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti, modificata con le deliberazioni delle Sezioni riunite n. 2 del 3 luglio 2003 e n. 1 del 17 dicembre 2004 e da ultimo, con deliberazione del Consiglio di Presidenza n. 229 dell'11 giugno 2008;

Visto l'art. 7 comma 6 e segg. del decreto legislativo 30 marzo 2001, n.165, recante "Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche";

Visti gli artt. 4 e 17 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50("Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture");

Vista la delibera di programma per l'anno 2018, n.23/2018/INPR assunta dalla Sezione regionale di controllo per l'Emilia Romagna, nelle camere di consiglio del 30 gennaio 2018;

Vista la risposta fornita al questionario sui servizi legali per l'anno 2015, a firma del Sindaco del Comune di Mirandola (MO) e dal revisore dei conti, trasmessa a questa Sezione, a seguito di richiesta istruttoria, in data 5 maggio 2016;

Vista la nota del 7 dicembre 2017, a firma del Sindaco del Comune di Mirandola e del revisore dei conti, trasmesse a questa Sezione a seguito di richiesta istruttoria;

Vista l'ordinanza del Presidente della Sezione di controllo n.43 del 21 maggio 2018, mediante la quale la Sezione è stata convocata nella camera di consiglio del 22 maggio 2018;

Udito nella Camera di consiglio il relatore;

FATTO

In data 21 aprile 2016, questa Sezione regionale di controllo, in esecuzione del programma relativo all'attività 2016, che ha previsto l'effettuazione di "un esame delle modalità adottate dagli enti per la gestione dei servizi legali e di patrocinio, i criteri adottati per la contabilizzazione delle spese, la scelta dei professionisti esterni, le modalità di determinazione dei compensi", ha trasmesso al Comune di Mirandola un questionario, nonché una tabella relativa agli incarichi legali affidati all'esterno, da compilare a cura dell'ente.

Esaminate le risposte al questionario, l'allegato elenco degli incarichi affidati all'esterno e la risposta alla richiesta istruttoria, si evidenzia quanto segue.

Il Comune di Mirandola ha istituito un ufficio legale, con in forza un unico legale, Dirigente del Settore affari legali e istituzionali, il quale nell'anno 2015 non ha mai patrocinato il Comune. Detto dirigente è altresì responsabile dell'Ufficio di staff del Sindaco e svolge le funzioni di Vicesegretario generale; per completezza il Comune in argomento ha sottolineato che presso il Settore affari legali e istituzionali sono incardinati diversi servizi: il Servizio gare e contratti, il Servizio segreteria protocollo e archivio, il Servizio personale, i Servizi demografici e il Servizio comunicazione; infine, ha evidenziato che Comune di Mirandola svolge in favore dell'Unione comuni modenesi Area nord varie delicate funzioni.

Il Comune *de quo* ha subordinato il conferimento degli incarichi, per l'anno 2015, a un documento programmatico.

Ha attribuito all'esterno sei incarichi di patrocinio legale, tutti affidati

direttamente, senza una preventiva pubblicità. Sono stati richiesti i relativi preventivi.

In sede istruttoria sono state esaminate le delibere di Giunta relative all'attribuzione di due incarichi esterni: la n. 177 del 12 novembre 2015 e la n. 201 del 10 dicembre 2015. Entrambe attribuiscono incarichi di patrocinio legale, senza la previa ricognizione in merito all'impossibilità di svolgimento degli stessi da parte dell'Avvocato in forza all'Ente, mediante affidamenti diretti. Il primo dei due affidamenti analizzati, peraltro, risulta carente in merito alla motivazione sottostante l'individuazione del legale, poiché si limita ad affermare che la stessa è "esperta in materia ambientale", esperienza che, tuttavia, non si evince né dall'atto né dal curriculum vitae. Diversamente, nel secondo incarico è evidenziato che il legale individuato ha già seguito la costituzione di parte civile, nel processo in argomento, di altri due enti locali e che, in ragione di detta circostanza, conosce già in modo approfondito il procedimento. Ad entrambe le delibere sono stati allegati i preventivi prodotti dai legali dei quali ed è stata dichiarata la congruità degli stessi rispetto ai ricorsi.

Il Comune ha dichiarato di non aver dato seguito alla pubblicazione nel sito web in "Amministrazione trasparente" degli incarichi di patrocinio legale.

Non ha adottato un disciplinare finalizzato a regolare l'affidamento dei patrocini legali.

Per quanto riguarda gli aspetti contabili, ha affermato di aver effettuato una stima del contenzioso e di aver stanziato una posta di accantonamento in bilancio.

Ha asserito di non aver fatto ricorso a transazioni, di non aver ricevuto proposte transattive e di aver riconosciuto due debiti fuori bilancio.

DIRITTO

A partire dalla deliberazione n. 19/2009/PAR, della Sezione regionale di controllo per la Basilicata, la giurisprudenza di questa Corte si era progressivamente consolidata nel considerare il **singolo incarico di patrocinio legale** come non integrante un appalto di servizi, bensì un contratto d'opera intellettuale, regolato dall'art. 2230 del codice civile. In ogni caso, la magistratura contabile già riteneva che detta tipologia d'incarico, pur non riconducibile direttamente agli incarichi professionali esterni disciplinati dall'art. 7, comma 6 e seguenti del d.lgs. n.165/2001, poiché conferito per adempimenti obbligatori per legge (mancando, pertanto, in tali ipotesi, qualsiasi facoltà discrezionale dell'amministrazione), non potesse comunque essere oggetto di affidamento

diretto, dovendo essere attribuito a seguito di procedura comparativa, aperta a tutti i possibili interessati. Ciò, allo scopo di consentire il rispetto dei principi di imparzialità e trasparenza (in tal senso, da ultimo, questa Sezione, in sede di giudizio di parificazione del rendiconto generale della Regione Emilia-Romagna per l'esercizio finanziario 2015, approvato con deliberazione n. 66/2016/PARI, del 15 luglio 2016).

La ricostruzione della disciplina applicabile agli incarichi aventi a oggetto un singolo patrocinio legale dev'essere, tuttavia, rivista, alla luce dell'entrata in vigore, il 19 aprile 2016, del d.lgs. 18 aprile 2016, n.50. A decorrere da tale data anche il singolo incarico di patrocinio legale appare dover essere inquadrato come appalto di servizi; ciò, sulla base del disposto di cui all'art. 17 (recante "Esclusioni specifiche per contratti di appalto e concessione di servizi"), che considera come contratto escluso la rappresentanza legale di un cliente, da parte di un avvocato, in un procedimento giudiziario dinanzi a organi giurisdizionali, nonché la consulenza legale fornita in preparazione di detto procedimento. Tale interpretazione pare preferibile anche tenuto conto di come l'art. 17 richiamato recepisca direttive dell'Unione europea che, com'è noto, accoglie una nozione di appalto più ampia di quella rinvenibile dal nostro codice civile. In ogni caso, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 4 del citato decreto legislativo, l'affidamento dello stesso deve avvenire nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, trasparenza, imparzialità, parità di trattamento, proporzionalità e pubblicità.

L'applicazione anche al singolo patrocinio della disciplina dei principi summenzionati, conferma l'orientamento consolidato di questa Corte in merito all'impossibilità di considerare la scelta dell'avvocato esterno all'ente come connotata da carattere fiduciario.

Anche dopo l'emanazione del nuovo codice dei contratti pubblici, l'ente deve preliminarmente operare una ricognizione interna finalizzata ad accertare l'impossibilità, da parte del personale, a svolgere l'incarico (così, da ultima, questa Sezione con la citata deliberazione n. 66/2016).

Con la recente sent. n. 334 del 6 febbraio 2017, il TAR Sicilia – Palermo, Sez. III, nel giudicare l'affidamento di un appalto di servizi legali alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici, ha rimarcato come per esso debba essere assicurata la massima partecipazione mediante una procedura di tipo comparativo idonea a permettere a tutti gli aventi diritto di partecipare, in condizioni di parità e uguaglianza, alla selezione per la scelta del contraente. Tali indicazioni sono pienamente condivisibili, consentendo, inoltre, di assicurare il migliore utilizzo delle risorse pubbliche.

Sulle richiamate novità normative l'Anac, con delibera n. 1158/2016 ha evidenziato, operando una specificazione condivisa da questa Sezione, che nell'affidamento di un patrocinio legale le amministrazioni possono attuare i principi di cui all'art. 4 del codice dei contratti pubblici applicando sistemi di qualificazione, ovvero la redazione di un **elenco di operatori qualificati**, mediante una procedura trasparente e aperta, oggetto di adeguata pubblicità, dal quale selezionare, su una base non discriminatoria, gli operatori che saranno invitati a presentare offerte.

Quanto sopra deve avvenire sulla base di un principio di rotazione, applicato tenendo conto, nella individuazione della "rosa" dei soggetti selezionati, dell'importanza della causa e del compenso prevedibile. È altresì utile precisare che detti elenchi di operatori qualificati possono essere articolati in diversi settori di competenza e che non sarebbe comunque legittimo prevedere un numero massimo di iscritti.

Qualora vi siano **ragioni di urgenza**, motivate e non derivanti da un'inerzia dell'Ente conferente, tali da non consentire l'espletamento di una procedura comparativa, le amministrazioni possono prevedere che si proceda all'affidamento diretto degli incarichi dettagliatamente motivato, sulla base di un criterio di rotazione (ove siano stati istituiti elenchi di operatori qualificati, l'affidatario dev'essere individuato tra gli avvocati iscritti in detti elenchi).

Si precisa, altresì, che già prima che entrasse in vigore il nuovo codice dei contratti pubblici si riteneva, nell'ambito dei rapporti di collaborazione che possono intercorrere tra enti pubblici e legali ad essi esterni, che oltre all'affidamento di un singolo incarico di patrocinio legale, fosse possibile l'affidamento di un **appalto di servizi**, che tuttavia richiedeva "un *quid pluris* per prestazione o modalità organizzativa rispetto al semplice patrocinio legale" (C. conti, Sez. controllo Basilicata, n. 19/2009). In tal senso anche la prevalente giurisprudenza amministrativa, per la quale era configurabile un appalto di servizi legali quando "l'affidamento non si esaurisca nel patrocinio legale o episodico dell'amministrazione, ma si configuri come modalità organizzativa di un servizio, affidato a professionisti esterni, più complesso e articolato, che può anche comprendere la difesa giudiziale ma in essa non si esaurisca" (*ex multis*, TAR Campania – Salerno, Sez. II, sent. n. 1197/2016). Come già evidenziato, la distinzione tra affidamento di un singolo patrocinio legale e di un appalto di servizi sembra essere stata superata dal disposto di cui all'art. 17, del nuovo codice dei contratti pubblici.

Per completare il quadro delle forme di collaborazione che possono

intercorrere tra una pubblica amministrazione e un legale a essa esterno, occorre tenere presente che è tuttora possibile affidare a un legale un **incarico professionale esterno di cui all'art. 7, co. 6 del t.u. sul pubblico impiego**, quindi avente ad oggetto uno studio, una ricerca o, più frequentemente, un parere legale. A esso si applicano tutti i presupposti di legittimità degli incarichi professionali esterni individuati da questa giurisprudenza (per un approfondimento dei vincoli posti al conferimento degli incarichi professionali esterni, si rimanda al capitolo 2.3 del "Monitoraggio degli atti di spesa relativi a collaborazioni, consulenze, studi e ricerche, relazioni pubbliche, convegni, mostre, pubblicità e rappresentanza, posti in essere negli esercizi finanziari 2011 e 2012 dagli enti pubblici aventi sede nell'Emilia-Romagna", di questa Sezione, approvato con deliberazione n. 135/2015/VSGO).

Da ultimo, si ricorda come il d. lgs. 14 marzo 2013, n. 33 (recante "Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni"), all'art. 15 ("Obblighi di pubblicazione concernenti i titolari di incarichi di collaborazione o consulenza"), comma 4, abbia stabilito per i titolari di incarichi di collaborazione o consulenza che i dati di cui al comma 1, i relativi atti di conferimento (questi ultimi completi di indicazione dei soggetti percettori, della ragione dell'incarico e dell'ammontare erogato), nonché l'afferente comunicazione alla Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della funzione pubblica, debbano essere pubblicati entro tre mesi dall'attribuzione dell'incarico e per i tre anni successivi alla cessazione dello stesso.

Tanto premesso, **si segnalano i seguenti specifici profili di criticità** che sono emersi dall'esame delle risposte fornite al questionario sui servizi legali e dai dati relativi agli incarichi affidati da codesto ente all'esterno.

Mancata adozione di norme regolamentari finalizzate a disciplinare l'affidamento dei patrocinii legali e omesso accertamento dell'impossibilità di svolgere l'incarico all'interno dell'ente

L'ente in analisi non ha regolamentato in alcun modo l'affidamento degli incarichi di patrocinio legale all'esterno: una normativa finalizzata a disciplinare la materia sarebbe in realtà opportuna e dovrebbe tra l'altro prevedere che l'affidamento degli incarichi di patrocinio avvenga, in via preferenziale, in favore degli avvocati interni all'ente (dell'avvocato, nel caso di specie). Essa dovrebbe, inoltre, procedimentalizzare l'accertamento, preliminare rispetto all'affidamento di ciascun incarico, dell'effettiva impossibilità per il legale dipendente dall'ente di

assumere l'incarico. In mancanza di una disciplina specifica, sarebbe stato comunque onere dell'ente accertare, volta per volta, prima di affidare gli incarichi di patrocinio all'esterno, l'impossibilità da parte del componente dell'ufficio legale a svolgere gli stessi, allo scopo di evitare una spesa inutile e, quindi, un possibile danno all'erario. Un accertamento di tale tipo sarebbe da considerarsi presupposto necessario per l'affidamento legittimo all'esterno di un incarico di patrocinio, anche qualora si considerasse la scelta del libero professionista esterna come a carattere fiduciario, ed è indispensabile anche alla luce della nuova configurazione di tali incarichi come appalti di servizi.

Il Comune di Mirandola in occasione dell'affidamento dei due incarichi di patrocinio esaminati a campione da questa sezione, non ha eseguito detto accertamento.

Conferimento di un elevato numero di patrocini e di incarichi esterni, anche in relazione alla presenza di un ufficio legale interno

La presenza di un ufficio legale interno all'ente cui sia istituzionalmente demandata la competenza in materia di difesa in giudizio ed assistenza giuridica, implica che l'affidamento delle summenzionate attività a un soggetto esterno debba rappresentare un'eccezione rispetto ad un ordinario assetto delle attribuzioni e, anche in ragione del principio di buon andamento ed economicità dell'agere pubblico, debba rispondere ad un criterio di stretta necessità congruamente motivata.

Ricorso all'affidamento diretto

L'affidamento diretto degli incarichi di patrocinio legale, si pone in contrasto con la giurisprudenza consolidata di questa Corte, che esclude la possibilità di effettuare l'affidamento in via fiduciaria, giurisprudenza oggi avvalorata dalle richiamate novità normative di cui al d.lgs. n 50/2016. La mancanza di una procedura comparativa, infatti, viola i principi di imparzialità, pubblicità e concorrenza.

Mancato rispetto della disciplina sulla trasparenza

L'ente ha dichiarato di non avere ottemperato alla disposizione di cui all'art. 15, del d. lgs. n. 33/2013, che ha previsto l'obbligo di pubblicare una serie di dati relativi agli incarichi di collaborazione o consulenza sul sito istituzionale, nella Sezione "Amministrazione trasparente" (l'art. 15 citato è stato novellato ad opera del d. lgs. 25 maggio 2016, n. 97, tuttavia è invariato il riferimento agli incarichi di collaborazione o consulenza). Questa Sezione ritiene che il citato

articolo, lì ove riferisce l'obbligo genericamente agli "incarichi di collaborazione o consulenza", debba necessariamente considerarsi riferito anche agli incarichi di patrocinio legale affidati all'esterno; tale lettura trova un riscontro da parte dell'Anac, sia pure limitatamente a quanto espresso in sede di FAQ in materia di trasparenza (FAQ 6.6). Ciò, ovviamente, precedentemente rispetto alla riconduzione degli stessi, ad opera del codice dei contratti pubblici, agli appalti di servizi, in quanto ora devono conseguentemente essere pubblicati, ai sensi dell'art. 37 del codice d. lgs. n. 33/2013, nella sotto sezione (dell'"Amministrazione trasparente") dedicata ai "Bandi di gara e contratti".

Per completezza, si ricorda come l'art. 15, comma 3, d. lgs. n. 33/2013, abbia previsto che in caso di omessa pubblicazione degli incarichi di collaborazione o consulenza "il pagamento del corrispettivo determina la responsabilità del dirigente che l'ha disposto, accertata all'esito del procedimento disciplinare, e comporta il pagamento di una sanzione pari alla somma corrisposta [...]".

Quest'ultima disposizione, anch'essa non incisa dal citato d. lgs. n. 97/2016, ha parzialmente modificato la natura stessa della responsabilità per liquidazione del corrispettivo per incarichi di collaborazione o consulenza in caso di omessa pubblicazione che, in forza del precedente quadro normativo, costituito dall'art. 1, comma 127, legge n. 662/1996, come modificato dall'art. 54, legge n. 244/2007, oltre a costituire illecito disciplinare determinava responsabilità erariale. Sulla base del quadro attuale, pertanto, la competenza ad accertare la responsabilità in caso di omessa pubblicazione non è più attribuita alla magistratura contabile, bensì all'ente pubblico presso il quale è in servizio il funzionario che ha disposto detto pagamento.

Conclusioni

Si rileva la violazione degli obblighi di pubblicazione previsti dal citato art. 15, comma 3, dalla quale, come visto, consegue la responsabilità del dirigente che ha disposto il pagamento del corrispettivo.

Questa Sezione, inoltre, non può non evidenziare l'anomalia per cui l'avvocato, Dirigente del Settore affari legali e istituzionali, nell'anno 2015 non ha mai patrocinato il Comune di Mirandola.

Pertanto, sembra utile invitare il Comune in analisi a riesaminare la propria organizzazione, in modo tale da consentire all'avvocato citato di svolgere con effettività l'attività di patrocinatore legale dell'Ente in giudizio.

Per quanto sopra esposto, la Sezione

INVITA L'ENTE

ad assumere le iniziative di competenza, ai sensi dell'art. 15, comma 3, del più volte citato d. lgs. n. 33/2013;

al rispetto della normativa e dei principi richiamati nell'affidamento di incarichi legali e nel rispetto degli obblighi di pubblicazione;

INVITA L'ORGANO DI REVISIONE

a vigilare sulla legittimità dell'azione del Comune nell'adempire al disposto di cui all'art. 15, comma 3, nonché nell'affidamento di incarichi legali e nel rispetto degli obblighi di pubblicazione;

DISPONE

che la deliberazione sia trasmessa - mediante posta elettronica certificata - al Consiglio comunale di Mirandola e al rispettivo Sindaco, nonché all'Organo di revisione;

che copia della presente deliberazione sia trasmessa all'Autorità nazionale anticorruzione, per quanto di competenza, in relazione alla violazione del disposto di cui all'art. 15, comma 3, del citato decreto, conseguente all'omessa pubblicazione sul sito dell'Ente degli incarichi di patrocinio legale;

che la stessa sia pubblicata sul sito internet istituzionale della Corte dei conti - banca dati del controllo;

che l'originale resti depositato presso la segreteria di questa Sezione regionale di controllo.

Rammenta l'obbligo di pubblicazione della deliberazione sul sito internet istituzionale, ai sensi degli articoli 2 e 31 del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33.

Così deciso in Bologna, nell'adunanza del 22 maggio 2018.

Il presidente
f.to (Carlo Greco)

Il relatore
f.to (Riccardo Patumi)

Depositata in segreteria il 22 maggio 2018
Per il direttore di segreteria
f.to (Annarita Sinigaglia)