

Settore: SG
Proponente: 04.A
Proposta: 2016/159

del 10/12/2016



**COMUNE DI
REGGIO NELL'EMILIA**

R.U.D. 5

del 03/01/2017

**SEGRETERIA GENERALE
SEGRETERIA GENERALE - ANTICORRUZIONE**

Dirigente: BEVILACQUA Dr. Alberto

DETERMINAZIONE DIRIGENZIALE

OGGETTO: AFFIDAMENTO DI APPALTO DI SERVIZI RELATIVO ALLA FORMULAZIONE DI PARERE IN ORDINE AD ASPETTI GIURIDICI RELATIVI AL REGOLAMENTO DEL SERVIZIO LEGALE/AVVOCATURA.

IL DIRIGENTE DEL SERVIZIO

PREMESSO:

che con deliberazione di Consiglio Comunale n. 69 del 26/04/2016, dichiarata immediatamente eseguibile, sono stati approvati il Bilancio di Previsione 2016-2018 e i relativi allegati;

che con deliberazione di Giunta Comunale del 14/06/2016, n. 121, è stato approvato il Piano Esecutivo di Gestione dell'esercizio 2016, nel quale sono stati fissati i requisiti ex art. 169 del D.Lgs. 267/00;

DATO ATTO

che nell'ambito del percorso di predisposizione e approvazione del Regolamento del Servizio Legale/Avvocatura Comunale sono emerse alcuni profili controversi che è necessario approfondire, individuando un percorso e definendone i contenuti a precipua tutela del pubblico interesse;

che in particolare, la disamina della evoluzione normativa in materia di compensi spettanti ai titolari delle funzioni di avvocatura presso gli Enti Locali induce a ritenere la sussistenza di possibili profili di criticità in relazione alle pregressa maturazione, da parte del Dirigente del Servizio Legale, di onorari per entità significative, maturazione connessa all'attività giudiziale espletata nell'esecuzione delle funzioni istituzionali da patrocinio e difesa del Comune di Reggio Emilia al medesimo demandata;

che è necessario valutare la sussistenza dei presupposti e la opportunità tecnica di un'ipotesi di transazione che, nel precipuo interesse dell'ente, contemperino i profili di criticità evidenziati;

che è di conseguenza necessario affrontare le seguenti questioni di carattere tecnico giuridico:

- la natura giuridica dei compensi da corrispondere, in particolare se essi debbano essere configurati quali incentivi di risultato nell'ambito del rapporto di lavoro dirigenziale, ovvero come compensi professionali discendenti direttamente da attività forense, per quanto esercitata con vincolo di esclusività nell'interesse del Comune;
- gli aspetti relativi all'*an* ed al *quantum* delle competenze professionali da liquidarsi al Dirigente dell'Avvocatura comunale, ed in particolare se sia legittimo prevedere un tetto ai compensi, in conformità a soluzioni già adottate in altri Comuni;
- gli aspetti relativi all'applicazione dell'IRAP all'attività di cui trattasi;

che non sussistono i presupposti per lo studio e la definizione di quanto sopra da parte del Servizio Legale dell'Ente, per evidenti profili di conflitto di interesse;

che è opportuno procedere all'affidamento delle attività sopra descritte, inerenti fasi precontenziose, a professionista con qualifica di avvocato, esterno all'Amministrazione Comunale, che sia dotato di adeguata e specifica professionalità e che sia rispondente ai peculiari requisiti fiduciari inevitabilmente connessi alle caratteristiche dell'attività richiesta e alla particolare natura degli atti da trattarsi;

che l'attività professionale tipica dell'avvocato può essere acquisita sia mediante la stipulazione di contratto di lavoro autonomo, sia mediante la stipulazione di contratto di appalto di servizi legali;

che la libera prestazione di servizi legali da parte degli avvocati cittadini degli stati membri della Comunità Europea è disciplinata dalla Legge n.31/1982;

che l'art.50 del Trattato CE, nell'elencare i servizi ai quali si applica il principio della libera prestazione di cui all'art.49 del medesimo Trattato, richiama espressamente l'attività delle libere professioni;

che l'art.2 del D.L n.223 del 4/07/2006 ("decreto Bersani") utilizza anch'esso l'espressione "*servizi professionali*" con riferimento alle attività libero professionali e intellettuali;

che il D.Lgs. n.59 del 26/03/2010, in attuazione della direttiva 2006/13/CE relativa ai servizi nel mercato interno, trova esplicita applicazione anche alle prestazioni a carattere intellettuale svolte da liberi professionisti, ricomprendendole ad ogni effetto nella nozione di servizi;

che l'art.20 del D.Lgs. n.163 del 12/04/2006, nel disciplinare gli appalti di servizi ai quali trovano applicazione soltanto alcune tra le disposizioni del Codice degli Appalti, richiamava i servizi elencati nell'Allegato IIB, servizi tra i quali compaiono i "*Servizi Legali*" (cat. 21 – numero riferimento CPC 861);

che la Corte dei Conti, Sezione Regionale di controllo per la Regione Basilicata, con parere del 3/04/2009 n.19, all'esito di ampia e puntuale disamina in merito alle caratteristiche differenziali rispetto al contratto professionale di lavoro autonomo, ha concluso affermando che "*l'appalto di servizi legali è configurabile allorquando l'oggetto del servizio non si esaurisca nel patrocinio legale a favore dell'Ente, ma si configuri quale 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 esaurisce; ciò comporta che, in quanto modalità organizzativa, essa sia strutturata o organizzata dal professionista, con mezzi propri, per far fronte alle utilità indicate dall'ente conferente in un determinato arco temporale e per un corrispettivo determinato*";

che parimenti, la Corte dei Conti, Sezione Regionale di controllo per la Regione Veneto, con deliberazione del 21/01/2009 n.7 ha statuito "*che debba essere confermato l'orientamento espresso più volte (...) per il quale la fattispecie in questione è più correttamente inquadrabile nella categoria 21 – Servizi legali – contemplata nell'allegato II B del D.lgs. n.163/06 recante l'elencazione dei contratti di appalti dei servizi esclusi ex art.20 con conseguente osservanza delle disposizioni poste dallo stesso art.20 e dei principi generali sanciti dall'art. 27*";

che analoghe statuizioni si rinvencono in Corte dei Conti, Sezione Regionale di controllo per la Calabria, deliberazione n.144 del 23/05/2008 e Corte dei Conti, Sezione regionale di controllo per la Lombardia, deliberazione n.29 del 12/05/2008;

che di recente, il Consiglio di Stato, con sentenza 12 maggio 2012 n. 2730, ha recepito e fatto proprio l'orientamento esposto dalle Sezioni Regionali della Corte dei Conti,

statuendo quanto segue: "il servizio legale, per essere oggetto di appalto, richiede un elemento di specialità, per prestazione e per modalità organizzativa, rispetto alla mera prestazione di patrocinio legale. L'affidamento di servizi legali è, a questa stregua, configurabile allorquando l'oggetto del servizio non si esaurisca nel patrocinio legale a favore dell'Ente, ma si configuri quale 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 esaurisce (cfr. [Det. n. 4 del 7 luglio 2011](#), dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture). 2.2.3. In tal senso depone, sul piano normativo, anche la prescrizione che, per l'affidamento di tali servizi, pretende l'indicazione delle specifiche tecniche fissate dal committente (art. 68 del codice), così configurando la condizione, non compatibile con un mero contratto di patrocinio legale isolato, per permettere l'apertura dell'appalto alla concorrenza (cfr. il ventinovesimo "considerando" alla direttiva n. 18 del 2004). Ed ancora, una conferma in tal senso può desumersi dal quarantasettesimo "considerando" della medesima direttiva n. 18/2004 alla stregua dei condivisibili rilevi svolti da Corte dei Conti, Sezione Regionale di Controllo per la Balilicata deliberazione n. 19/2009. ... 2.2.4. Le norme di tema di appalti di servizi vengono, in definitiva, in rilievo quando il professionista sia chiamato a organizzare e strutturare una prestazione, altrimenti atteggiandosi a mera prestazione di lavoro autonomo in un servizio (nella fattispecie, legale), da adeguare alle utilità indicate dall'ente, per un determinato arco temporale e per un corrispettivo determinato ... Per converso, il contratto di conferimento del singolo e puntuale incarico legale, presidiato dalle specifiche disposizioni comunitarie volte a tutelare la libertà di stabilimento del prestatore in quanto lavoratore, non può soggiacere, neanche nei sensi di cui all'articolo 27 del codice dei contratti pubblici, ad una procedura concorsuale di stampo selettivo che si appalesa incompatibile con la struttura della fattispecie contrattuale, qualificata, alla luce dell'aleatorietà dell'iter del giudizio, dalla non predeterminabilità degli aspetti temporali, economici e sostanziali della prestazioni e dalla conseguente assenza di basi oggettive sulla scorta delle quali fissare i criteri di valutazione necessari in forza della disciplina recata dal codice dei contratti pubblici. Lo stesso codice dei contratti pubblici, nel dettare una specifica disciplina, di natura speciale, dei servizi di ingegneria e di architettura volta a enucleare un sistema di qualificazione e di selezione per determinate tipologie di prestazioni d'opera, conferma l'inesistenza di un principio generale di equiparazione tra singole prestazioni d'opera e servizi intesi come complesso organizzato di utilità erogate con prestazioni ripetute ed organizzate. Si deve aggiungere che, come osservato da attenta dottrina, l'attività del professionista nella difesa e nella rappresentanza dell'ente è prestazione d'opera professionale che non può essere qualificata in modo avulso dal contesto in cui si colloca, id est l'ambito dell'amministrazione della giustizia, settore statale distinto e speciale rispetto ai campi dell'attività amministrativa regolati del codice dei contratti pubblici. Resta inteso che l'attività di selezione del difensore dell'ente pubblico, pur non soggiacendo all'obbligo di espletamento di una procedura comparativa di stampo concorsuale, è soggetta ai principi generali dell'azione amministrativa in materia di imparzialità, trasparenza e adeguata motivazione onde rendere possibile la decifrazione della congruità della scelta fiduciaria posta in atto rispetto al bisogno di difesa da appagare";

DATO ALTRESI' ATTO:

che sulla Gazzetta Ufficiale 19 aprile 2016 n. 91 è stato pubblicato il 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";

che il d.lgs. 50/2016, in vigore dal 19 aprile 2016, nel disciplinare, all'articolo 17, le "esclusioni specifiche per contratti di appalto e concessione di servizi", dispone al comma 1 lettera d): "1. le disposizioni del presente codice non si applicano agli appalti e alle concessioni di servizi ... d) concernenti uno qualsiasi dei seguenti servizi legali: 1) rappresentanza legale di un cliente da parte di un avvocato ai sensi dell'articolo 1 della legge 9 febbraio 1982, n. 31, e successive modificazioni: 1.1) in un arbitrato o in una conciliazione tenuti in uno Stato membro dell'Unione europea, un Paese terzo o dinanzi a un'istanza arbitrale o conciliativa internazionale; 1.2) in procedimenti giudiziari dinanzi a organi giurisdizionali o autorità pubbliche di uno Stato membro dell'Unione europea o un Paese terzo o dinanzi a organi giurisdizionali o istituzionali internazionali; 2) consulenza legale fornita in preparazione di uno dei procedimenti di cui al punto 1.1), o qualora vi sia un indizio concreto e una probabilità elevata che la questione su cui verte la consulenza divenga oggetto del procedimento, sempre che la consulenza sia fornita da un avvocato ai sensi dell'articolo 1 della legge 9 febbraio 1982, n. 31, e successive modificazioni ... 5) altri servizi legali che sono connessi, anche occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri";

che per i contratti pubblici esclusi, quali sono i contratti per servizi legali connessi anche solo occasionalmente all'esercizio di pubblici poteri, trova applicazione il disposto dell'articolo 4 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50: "*l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica*";

che l'articolo 36 del d.lgs. 50/2016, nel disciplinare i contratti sotto soglia, al comma 2 dispone: "2. Fermo restando quanto previsto dagli articoli 37 e 38 e salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35, secondo le seguenti modalità: a) per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto, adeguatamente motivato o per i lavori in amministrazione diretta ...";

RITENUTO:

che la forma giuridica dell'appalto di servizi legali ad elevata specializzazione sia quella maggiormente aderente alle sopra rappresentate esigenze dell'Amministrazione, prioritariamente volte, nel caso di specie, a fruire delle competenze del professionista e della struttura da questi organizzata con mezzi propri per far fronte alla specifica esigenza insorta nel corso dell'attività amministrativa, esigenza che necessita di essere affrontata in ogni suo aspetto, anche operativo, inerente la redazione degli atti conseguenti, stante l'impossibilità di coinvolgere il Servizio dell'Ente a ciò deputato;

che l'importo dell'appalto di servizi legali ad elevata specializzazione di cui sopra, tenuto conto della durata dello stesso e del contenuto della attività che ne costituisce oggetto, valutata alla luce della tariffa professionale quale utile parametro di riferimento, è congruamente determinato in Euro 3.000,00 (iva e oneri compresi);

che sussistano i presupposti normativamente individuati per procedere ad affidamento diretto dell'appalto di servizi legali ad alta specializzazione definito nei contenuti del disciplinare di incarico costituente Allegato A alla presente determina;

che la procedura per affidamento diretto è altresì coerente con il preponderante carattere di "fiduciarità" che caratterizza l'attività professionale di tipo legale nonché con la specificità della materia nella quale è previsto intervenga la prestazione di servizi, come confermato dalla richiamata sentenza 11/05/2012 n.2730 nonché oggi, a livello normativo, dal richiamato articolo 17 del d.lgs. 50/2016;

PRESO ATTO:

che questa Amministrazione comunale ha intrattenuto in più occasioni, con positivo riscontro sia in termini economici che di risultato, rapporti di natura professionale con l'avvocato Stefano Vaccari del Foro di Reggio Emilia, riferiti in via prevalente, anche se non esclusiva allo svolgimento di prestazioni di consulenza ed assistenza nei procedimenti inerenti la materia del lavoro e dell'impiego con Enti pubblici;

che l'avv. Stefano Vaccari presta da oltre un ventennio attività di patrocinio giudiziale, consulenza ed assistenza nella materia amministrativa in favore di enti pubblici;

che l'avv. Stefano Vaccari di Reggio Emilia è dotato della elevata e specifica professionalità necessaria all'assolvimento della prestazione di servizi dedotta in contratto, risponde ai requisiti richiesti dalla fiduciarità della prestazione, è dotato della struttura organizzativa autonoma necessaria all'espletamento dei servizi di cui al disciplinare di incarico;

che il Dirigente del Servizio Segreteria Anticorruzione ha ricevuto da parte dell'avv. Stefano Vaccari assenso alla instaurazione di rapporto contrattuale;

che sussistono i presupposti per la stipulazione di contratto di appalto di servizi legali per affidamento diretto (ai sensi dell'articolo 36 comma 2 lettera a) del d.lgs. 50/2016) con l'avv. Stefano Vaccari del Foro di Reggio Emilia per lo svolgimento dei servizi sopra descritti;

che il contratto di cui alla presente determina si configura quale appalto di servizi legali ad alta specializzazione e, come tale, non rientra tra gli atti per i quali, ai sensi dell'art. 1 comma 173 della Legge n.266/2005, sussista obbligo di trasmissione alla Corte dei Conti per l'esercizio del controllo successivo sulla gestione;

che il contratto di cui alla presente determina non si configura quale incarico di collaborazione autonoma e, conseguentemente, non sussistono i presupposti per l'applicazione delle disposizioni di cui all'art.3 comma 56 e 57 della Legge n.244/2007 come sostituiti dall'art.46 comma 2 e 3 del DL n.112/2008 convertito in Legge n.133/2008;

che il presente appalto di servizi legali non è qualificabile come incarico di consulenza e, per ciò soltanto, non rientra nell'ambito di applicazione delle disposizioni di cui all'art.6 comma 7 del DL n.78/2010 e smi. A riguardo la Corte dei Conti Sezione

Regionale di controllo per la Lombardia, con deliberazione n.6 del 09/12/2010 e 10/01/2011 ha confermato la possibile esclusione dall'ambito di applicazione dell'articolo 6 comma 7 DL n.78/2010 di quelle *"consulenze talmente specialistiche che sono comunque al di fuori delle professionalità interne dell'Amministrazione;*

che la professionalità di un avvocato amministrativista esperto in materia del lavoro rientra senz'altro nel novero delle alte specializzazioni che esulano comunque dall'ambito di applicazione del DL n.78/2010;

CONSIDERATO:

che il professionista assuntore dell'appalto di servizi legali si impegna a fornire la propria attività in favore del Comune di Reggio Emilia per la spesa complessiva di € 2.500,00 oltre IVA, oneri di legge e spese;

che l'importo della spesa delle prestazioni professionali rese nell'ambito dell'appalto di servizi legali dall'Avv.to Stefano Vaccari sono definite forfettariamente dal professionista;

CONSIDERATO ALTRESI':

che il D.L. 6 luglio 2012, n. 95, convertito con L. 135/2012, all'art. 1 prevede l'obbligo per le pubbliche amministrazioni di provvedere all'approvvigionamento attraverso gli strumenti di acquisto messi a disposizione da Consip S.p.A.;

che non esiste, al momento, la possibilità di avvalersi, per l'affidamento del servizio in oggetto, di convenzioni attivate ai sensi dell'art. 26, comma 3 della L. 488/1999 da Consip S.p.A. per conto del Ministero dell'Economia e delle Finanze come risulta dall'apposito sito internet www.acquistinretepa.it;

che anche la centrale di committenza della regione Emilia-Romagna (Intercent-ER) non ha in essere convenzioni in atto relative alla tipologia di servizio da affidare;

che il presente affidamento è soggetto agli obblighi di pubblicazione sul sito web dell'Amministrazione e di trasmissione di dati all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, ai sensi del comma 32 dell'art. 1 della L. 190/2012 "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione";

che in conformità alle disposizioni in materia di tracciabilità finanziaria ex art. 3 L136/2010 come modificato con D.L. 187/2010 convertito in legge 217/2010, al presente affidamento è stato attribuito il seguente Codice Identificativo di Gara (C.I.G) N. ZD51C712DC;

Attestato che non sussistono conflitti d'interesse in capo al dirigente firmatario del presente atto;

VISTI

- Il D.Lgs 50 /2016;
- il vigente Regolamento per la disciplina dei contratti, in particolare gli artt.47 bis, ter e quater;
- gli artt. 56 e 57 dello Statuto Comunale;
- il vigente Regolamento sull'ordinamento generale degli uffici e dei servizi del Comune;
- l'art. 32 del Vigente Regolamento di Contabilità del Comune;
- il d. Lgs. 118/2011 e s. m.;
- gli artt. 107, 183 e 151 comma 4 del T.U. D.Leg.vo n. 267/00;

D E T E R M I N A

- 1) di affidare all'Avv. Stefano Vaccari del Foro di Reggio Emilia l'appalto di servizi relativo alla formulazione di parere in ordine ad aspetti giuridici relativi al Regolamento del Servizio Legale/Avvocatura in corso di predisposizione da parte del Comune;
- 2) di impegnare la spesa di €. 4.500,00 con imputazione alla Missione 01, Programma 01, Titolo 1, codice del piano dei conti integrato necessario per la definizione della transazione elementare ex art. 13 del DPCM 28/12/2011 1.03.02.99.999 dell'annualità 2016 del Bilancio di Previsione 2016-2018, al capitolo 147 denominato "Prestazioni di servizi vari per attività Segreteria Generale" del P.E.G. 2016, codice prodotto 2016_PD_0410, centro di costo 0218, codice Coge G3, contabilità ambientale non rilevante;
- 3) di disporre l'invio del presente atto al Servizio Finanziario per le procedure di cui all'art. 151, 4° comma, del D.Lgs. 267/00.

IL DIRIGENTE DEL SERVIZIO
Dr. Alberto Bevilacqua

