Deliberazione n. 75/2017/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. Riccardo Patumi	primo referendario (relatore)
dott. Federico Lorenzini	primo referendario

Adunanza del 26 aprile 2017

Comune di Faenza (Ra) – 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 2017, n.10/2017/INPR assunta dalla Sezione regionale di controllo per l'Emilia Romagna, nelle camere di consiglio del 19 dicembre 2016 e del 17 gennaio 2017;

Visto l'allegato alla delibera n.10/2017/INPR al punto 4.5 "Indagine concernente la gestione dei servizi legali e di patrocinio da parte della Regione, degli enti locali e degli altri enti con sede nell'Emilia-Romagna (Aziende sanitarie, Università, Camere di commercio, ecc.), allo scopo di verificare le relative implicazioni contabili e organizzative – Anno 2015".

Vista la delibera di programma per l'anno 2016, n.8/2016/INPR assunta dalla Sezione regionale di controllo per l'Emilia Romagna, nella camera di consiglio del 12 gennaio 2016;

Visto l'allegato alla delibera n.8/2016/INPR al punto 2.2 "Indagine concernente la gestione dei servizi legali e di patrocinio da parte della Regione, degli enti locali e degli altri enti con sede nell'Emilia-Romagna (Aziende sanitarie, Università, Camere di commercio, ecc.), allo scopo di verificare le relative implicazioni contabili e organizzative – Anno 2015".

Vista la risposta fornita al questionario sui servizi legali per l'anno 2015, a firma del Sindaco del Comune di Faenza e del Presidente del Collegio dei revisori, trasmessa a questa Sezione, a seguito di richiesta istruttoria, in data 5 maggio 2016;

Viste le note del 25 marzo e 10 aprile 2017, a firma del Sindaco e del Presidente del Collegio dei revisori dei conti, inoltrate a questa Sezione a seguito di richieste istruttorie;

Vista l'ordinanza del Presidente della Sezione di controllo n. 28 del 24 aprile 2017, mediante la quale la Sezione è stata convocata nella camera di consiglio del 26 aprile 2017;

Udito il relatore;

FATTO

In data 21 aprile 2016 questa Sezione regionale di controllo, in esecuzione del programma relativo all'attività 2016, che prevedeva 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 Faenza un questionario, nonché una tabella relativa agli incarichi legali affidati all'esterno, da compilare a cura dell'Ente.

La Sezione, esaminate le risposte al questionario, nonché l'allegato elenco degli incarichi affidati all'esterno, evidenzia quanto segue.

Il Comune di Faenza ha istituito l'ufficio legale. Fino al 30 ottobre 2015 erano in forza 2 unità; successivamente all'avvenuto pensionamento del Capo Ufficio contenzioso è rimasto un solo legale. Ciò a fronte di una previsione, in pianta organica, di 2 unità.

L'ente locale in analisi riferisce che i conferimenti degli incarichi legali non sono stati subordinati a un documento programmatico, evidenziando che i presupposti in base ai quali sono stati affidati gli incarichi all'esterno sono stati la "specificità della materia trattata" e il "carico di lavoro".

Ha svolto al proprio interno 5 patrocini ed ha affidato direttamente 5 patrocini ad avvocati esterni, per un importo complessivo di euro 36.954,09.

Le consulenze interne sono state 126, come comunicato dall'ente che peraltro non ne ha specificato la natura;non sono state, invece, affidate consulenze ad avvocati esterni. Non sono stati stipulati appalti di servizi legali.

Il Comune di Faenza ha dichiarato di aver pubblicato nel proprio sito web in "Amministrazione trasparente" tutti gli incarichi professionali ex art. 15 della legge n.33/2015 e di richiedere sempre un preventivo al legale affidatario. Ha evidenziato, inoltre, di non aver adottato il regolamento degli incarichi esterni.

Per quanto riguarda gli aspetti contabili, ha effettuato una stima del contenzioso, stanziando la posta di accantonamento in bilancio alla voce "*Passività potenziali per rischi contenzioso legale*".

Nel corso del 2015 ha fatto ricorso ad una transazione per la definizione di una causa per indennità di esproprio e risarcimento danni per l'importo di euro 80.000, a seguito della quale ha rinunciato a un ricorso pendente innanzi al TAR Emilia-Romagna per "l'accertamento a favore del Comune di Faenza dell'inadempimento dell'obbligo di cessione di area …. scaturente da atto unilaterale d'obbligo … con richiesta di risarcimento del danno", come conseguenza in altro giudizio connesso della rinuncia da parte della controparte privata "al deposito …. del ricorso in appello notificato…", avverso la sentenza di primo grado che statuiva la legittimità del decreto di esproprio adottato dall'Ente, nonché "a fronte del pagamento delle spese di giustizia liquidate dal TAR Emilia Romagna in favore del Comune di Faenza". La transazione è stata motivata per "l'incertezza generale" dell'esito delle vertenze in atto e in funzione delle politiche

di "contenimento del contenzioso" e la salvaguardia della "certezza delle posizioni giuridiche", e non sembra presentare profili di criticità.

Il Comune di Faenza ha rimborsato a un ex dipendente spese legali per l'importo di euro 39.699,54 a fronte di un procedimento penale conclusosi con provvedimento del Giudice unico di primo grado di non luogo a procedere perché il fatto non sussiste, quindi con un'esclusione categorica di ogni tipologia di responsabilità e, conseguentemente, di un possibile conflitto d'interessi con l'ente pubblico.

Non sono stati riconosciuti debiti fuori bilancio per incarichi legali.

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 molto 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, trasparenza, proporzionalità e pubblicità[1].

L'applicazione anche al singolo patrocinio della disciplina del codice dei contratti pubblici 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, dalla quale selezionare, su una base non discriminatoria, gli operatori che saranno invitati a presentare offerta.

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

[1] Si segnala come sul sito Anac sia attualmente in consultazione, e aperto a eventuali osservazioni che dovranno essere presentate entro il 10 maggio c.a., un documento avente a oggetto l'affidamento dei servizi legali.

di competenza e che non sarebbe comunque legittimo prevedere un numero massimo di iscritti.

Qualora vi siano **motivate ragioni di urgenza,** dettagliatamente 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, 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.

Da ultimo, 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).

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.

Mancato inserimento degli incarichi di patrocinio nel documento unico di programmazione o in altro atto di programmazione

L'ente non ha inserito nel DUP o in altro atto di programmazione gli incarichi di patrocinio che prevedibilmente sarebbero stati conferiti nell'anno di riferimento, specificandone tipologie e costi. L'inclusione delle summenzionate previsioni in un atto di programmazione, pur non rientrando nel contenuto necessario del DUP, come puntualizzato dal d. lgs. n. 118/2011, allegato n. 4/1, risponderebbe ad un criterio di buon andamento e di corretta gestione delle risorse pubbliche.

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

L'ente in analisi ha considerato gli incarichi di patrocinio legale come esclusi dalla disciplina che ha dettato per l'affidamento degli incarichi professionali esterni. Tuttavia, non ha regolamentato in alcun modo l'affidamento di patrocini legali 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. Essa dovrebbe, inoltre, procedimentalizzare l'accertamento, preliminare rispetto all'affidamento di ciascun incarico, dell'effettiva impossibilità per i legali dipendenti dall'ente di assumere l'incarico[2]. In mancanza di una disciplina specifica, è comunque onere dell'ente accertare, volta per volta, prima di affidare gli incarichi di patrocinio all'esterno, l'impossibilità da parte dei componenti 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 è da considerarsi presupposto necessario per l'affidamento legittimo all'esterno di un incarico di patrocinio ed è indispensabile anche alla luce della nuova configurazione di tali incarichi come appalti di servizi. La mera indicazione, nella deliberazione di Giunta "preso atto della impossibilità da parte dell'avvocatura comunale di assumere la difesa per effetto del pensionamento del Capo Servizio contenzioso" non è sufficiente a integrare detto accertamento, soprattutto se si

[2] Conf. la "Relazione sul rendiconto generale della Regione Emilia-Romagna per l'esercizio finanziario 2015", approvata con delibera n. 66/2016/PARI del 7 luglio 2016.

considera che solo 5 patrocini sono stati affidati nel corso dell'anno all'Ufficio legale.

Conferimento di un elevato numero di patrocini e di incarichi esterni, anche in relazione al numero dei legali in forza all'Ufficio 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.

Si ritiene che il Comune debba valutare l'opportunità di effettuare uno studio, allo scopo di verificare la possibilità di economicizzare la propria azione, utilizzando meglio i propri legali.

Ricorso all'affidamento diretto

L'affidamento diretto di incarichi di patrocinio legale, operati dall'ente in analisi, si pone in contrasto con la giurisprudenza consolidata di questa Corte, che esclude la possibilità di effettuare l'affidamento in via fiduciaria di tali incarichi. La mancanza di una procedura comparativa, infatti, viola i principi di imparzialità, pubblicità e concorrenza.

Ricorso alla transazione

Pur costituendo la transazione uno strumento che si presta ad abusi, la giurisprudenza della Corte dei conti è ormai consolidata nel ritenere pienamente ammissibile il ricorso a tale strumento, ove risulti conveniente per l'Amministrazione[3], anche in riferimento a fattispecie rispetto alle quali non sia legislativamente previsto il tentativo obbligatorio di mediazione. Occorre tuttavia la massima prudenza da parte dell'ente, nonché una dettagliata motivazione che dia conto del percorso logico seguito per giungere alla definizione transattiva della controversia, anche sulla base di un giudizio prognostico circa l'esito del contenzioso.

La deliberazione di Giunta di autorizzazione alla conclusione della transazione descritta nella parte in fatto della presente deliberazione, reca il parere dell'avvocatura interna, che è integrato nel parere di regolarità tecnica. Tuttavia, non è stato richiesto il parere dell'Organo di revisione. La Sezione è a

---

[3] Conf., *ex multis*, la deliberazione della Sezione controllo per la Regione Lombardia, n. 26/2008 secondo la quale alla base della transazione vi dev'essere una valutazione in merito alla convenienza economica della transazione, in relazione all'incertezza del giudizio.

conoscenza dei precedenti giurisprudenziali che hanno ritenuto obbligatoria l'acquisizione di detto parere solo nel caso in cui costituisca atto di un procedimento che deve concludersi con una delibera del Consiglio (Sez. regionale di controllo per il Piemonte, delibera n. 345/2013/SRCPIE/par del 25 settembre 2013 e Sez. regionale di controllo per la Puglia, delibera n. 181/2013/PAR del 28 novembre 2013), pertanto tale mancata richiesta non sembra viziare l'atto. Si ritiene comunque utile segnalare l'opportunità, da parte dell'ente pubblico, di chiedere un parere all'Organo di revisione anche in riferimento a transazioni non di competenza del Consiglio, ove le stesse siano di particolare rilievo, o relative a controversie di notevole entità. Ovviamente in detti casi, qualora non siano state previamente ampliate in via regolamentare le funzioni dei revisori, ai sensi dell'art. 239, comma 6 del tuel (ampliamento che è rimesso alla discrezionale potestà dell'ente locale, ma che sarebbe utile) non vi è l'obbligo da parte dell'Organo di controllo interno di rendere il parere.

Per quanto sopra esposto, la Sezione

INVITA L'ENTE

al rispetto della normativa e dei principi richiamati nell'affidamento di incarichi legali;

INVITA L'ORGANO DI REVISIONE

a vigilare sulla legittimità dell'azione dell'ente nell'affidamento di incarichi legali;

DISPONE

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

che copia della presente deliberazione sia trasmessa alla Procura della Corte dei conti per la Regione Emilia-Romagna in relazione agli eventuali profili di danno conseguenti all'affidamento diretto all'esterno di incarichi di patrocinio legale, deliberati senza che sia stata approfonditamente valutata la possibilità, da parte degli avvocati interni, di svolgere detti patrocini;

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 26 aprile 2017.

Il presidente

f.to (Carlo Greco)

Il relatore

f.to (Riccardo Patumi)

Depositata in segreteria il 26 aprile 2017

Per il direttore di segreteria

f.to (*Elisa Grazia*)