

Deliberazione n. 127/2017/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
dott. Federico Lorenzini	primo referendario (relatore)

Adunanza del 14 luglio 2017

Comune di Reggio Emilia - 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 Reggio Emilia e del Presidente del Collegio dei revisori, trasmessa a questa Sezione, a seguito di richiesta istruttoria, in data 6 maggio 2016;

Vista la nota del 18 maggio 2017, a firma del Sindaco e dell'Organo di revisione, inoltrata a questa Sezione a seguito di richieste istruttorie;

Vista l'ordinanza del Presidente della Sezione di controllo n.49 del 12 luglio 2017, mediante la quale la Sezione è stata convocata nella camera di consiglio del 14 luglio 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 Reggio Emilia un questionario, nonché una tabella relativa agli incarichi legali affidati all'esterno, da compilare a cura dell'ente.

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

Il Comune di Reggio Emilia ha istituito l'ufficio legale interno con la presenza in forza di 3 unità; la dotazione organica prevede un solo legale.

Con delibera del Consiglio Comunale n. 78 del 27 aprile 2015 l'Ente ha approvato il documento programmatico degli incarichi per l'anno 2015, con previsione, in particolare, di due incarichi legali per l'attività stragiudiziale e giudiziale di gestione dei sinistri passivi, per la durata di dodici mesi.

Ha affidato in via diretta un incarico di patrocinio ad avvocato esterno, per l'importo di euro 8.000; in proposito il Comune dichiara che è stato scelto il legale che lo aveva già difeso, con esito positivo, nei due precedenti gradi di giudizio.

Per l'attività di gestione dei sinistri passivi sono stati affidati due appalti di servizi legali, come risultanti dalla programmazione 2015, a due distinti professionisti, per l'importo complessivo di euro 73.200,00. In proposito l'Ente riferisce di avere selezionato l'affidatario in base a pubblica gara con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. A seguito di richiesta istruttoria il Comune ha poi dichiarato che i sinistri passivi trattati nell'anno sono stati 426, per una richiesta di danni pari a euro 530.000,00, mentre quelli effettivamente liquidati sono stati 133, per un totale di euro 68.991,00.

L'Ente dichiara di aver pubblicato nel proprio sito web in "Amministrazione trasparente" tutti gli incarichi professionali ex art.15, d.lgs 33/2013 e di richiedere sempre un preventivo al legale affidatario.

Il Comune ha disciplinato l'affidamento degli incarichi esterni (allegato 4 del regolamento sull'ordinamento generale degli uffici e dei servizi), peraltro escludendo gli incarichi di patrocinio legale e quelli notarili. L'art.1, comma 3 stabilisce, in proposito, che *"gli incarichi di patrocinio legale e gli incarichi notarili sono comunque soggetti ai principi di trasparenza, imparzialità, motivazione ed all'obbligo del previo esperimento della procedura comparativa rivolta alla generalità degli interessati"*.

Per quanto riguarda gli aspetti contabili, è stata effettuata una stima del contenzioso, accantonando una quota d'avanzo di amministrazione 2015. Non sono stati riconosciuti debiti fuori bilancio per incarichi legali.

Nel corso del 2015 l'Ente ha fatto ricorso ad una transazione relativa a tre vertenze promosse da controparte privata ed aventi ad oggetto: 1) richiesta di pagamento di euro 1.303.563,18 in conseguenza di riserve iscritte nei registri di contabilità e di euro 1.000.000,00 a titolo risarcitorio - R.G. 8574/11 del

Tribunale di Reggio Emilia di riproposizione di previo giudizio dichiarato estinto ed afferente le cause riunite R.G. 52/06 ed R.G. 5270/06; 2) richiesta di pagamento di euro 1.303.563,18 in conseguenza di riserve iscritte nei registri di contabilità - R.G. 2709/12 della Corte d'Appello di Bologna di impugnazione sentenza del Tribunale di Reggio Emilia che dichiara estinto il giudizio nelle cause riunite R.G. 52/06 ed R.G. 5270/06; 3) richiesta di pagamento di euro 75.547,60 per attività di direzione lavori e domanda riconvenzionale del Comune di Reggio Emilia - impugnazione sentenza di primo grado che revoca decreto ingiuntivo opposto dal Comune. Sulla transazione riguardante le tre richiamate vertenze è stato acquisito il parere favorevole sia dell'Avvocatura comunale sia del Collegio dei Revisori dei conti.

Ad esito della transazione l'Ente ha corrisposto alla controparte euro 120.000 con compensazione delle spese legali.

Il Comune di Reggio Emilia ha rimborsato spese legali a due dipendenti per la difesa in procedimenti penali conclusi con archiviazione, per una spesa complessiva di euro 7.366,91.

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.

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.

Mancata adozione di norme regolamentari finalizzate a disciplinare l'affidamento dei patrocini legali

Il Comune di Reggio Emilia non disciplina il conferimento dei patrocini legali nell'ambito della regolamentazione predisposta per l'affidamento di incarichi professionali esterni, salvo un generico riferimento ai principi generali dell'azione amministrativa. Una precisa e completa normativa finalizzata a regolamentare la materia è in realtà funzionale ad un corretto *agere* amministrativo da porsi anche a presidio di una attenta spendita delle risorse pubbliche.

Violazione dei principi di libera concorrenza e di imparzialità

L'Ente ha affidato a due avvocati esterni, tramite bando pubblico, l'appalto di servizi legali per l'attività stragiudiziale e giudiziale di gestione dei sinistri passivi per il periodo dal 18/02/2015 al 17/02/2016 (determina dirigenziale n. 159 del 9/3/2015). La Sezione ha analizzato l'analogo bando di gara per l'anno successivo che ha visto vincitori i medesimi due avvocati e che è stato approvato con determina dirigenziale n. 555 del 29/02/2016.

Dall'analisi del bando la Sezione rileva un' irragionevole restrizione dei principi di concorrenza ed imparzialità laddove il Comune richiede, all'art.8, come requisito professionale per partecipare alla procedura aperta "*lo svolgimento pregresso di appalti di servizi legali o di incarichi analoghi di collaborazione e consulenza legale per questa Amministrazione Comunale ovvero per Enti Territoriali Locali di dimensioni non inferiori all'Amministrazione Comunale di Reggio Emilia, per un periodo di almeno 5 anni, senza soluzione di continuità*". Infatti, il principio di adeguatezza e proporzionalità impongono requisiti di ammissione congrui rispetto al conseguimento dell'oggetto dell'appalto, risultando invece irragionevole una previsione della *lex specialis* che consenta la non ammissione alla procedura di un professionista che abbia indicato solo rapporti "con Enti pubblici diversi dagli Enti territoriali locali e con Enti pubblici territoriali locali svolti per un periodo non corrispondente alla durata quinquennale, senza soluzione di continuità".

Violazione dei principi sul rimborso delle spese legali

Il rimborso delle spese legali in favore dei dipendenti e degli amministratori pubblici, assolti per non avere commesso il fatto nell'ambito di un procedimento connesso con l'espletamento del servizio, deriva dal principio per cui non solo nei rapporti privati, ma anche in quelli pubblici, chi agisce per un interesse altrui non deve sopportare nella sua sfera personale gli effetti svantaggiosi di questa attività, bensì deve essere tenuto indenne sia dalle spese sostenute sia dai danni subiti per la fedele esecuzione del suo compito (C. conti, S.r. n 707/1991).

Con l'art. 7-bis del d.l. 19 giugno 2015, n. 78, convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2015, n. 125, il legislatore ha recentemente riconosciuto questo diritto anche in favore degli amministratori locali "nel caso di conclusione del procedimento con sentenza di assoluzione o di emanazione di un provvedimento di archiviazione, in presenza dei seguenti requisiti: a) assenza di conflitto di interessi con l'ente amministrato; b) presenza di nesso causale tra funzioni esercitate e fatti giuridicamente rilevanti; c) assenza di dolo o colpa grave".

L'insussistenza di conflitto d'interessi con l'Ente, *condicio sine qua non* della risarcibilità delle spese in argomento, richiede l'accertamento che i beneficiari del rimborso non abbiano tenuto comportamenti contrari ai doveri d'ufficio.

Solo le pronunce di assoluzione motivate per insussistenza del fatto o perché l'imputato non lo ha commesso, consentono di escludere in radice il conflitto d'interessi. Qualora, invece, siano motivate ai sensi del comma 2, dell'art. 530, del c.p.p., che ricorre qualora "manca, è insufficiente o è contraddittoria la prova che il fatto sussiste, che l'imputato lo ha commesso, che il fatto costituisce reato o che il reato è stato commesso da persona imputabile", occorre altresì verificare l'assenza del conflitto d'interessi con l'Ente pubblico; sarà pertanto onere dell'Ente, prima di rimborsare le spese legali, effettuare un accertamento interno.

Al contrario, in relazione al rimborso delle spese legali sostenute nell'ambito del proc. pen. N.6224/02 R.G. Gip - n.13569/01 R.G./notizie di reato mod.21 (per querela e successiva opposizione alla richiesta di archiviazione) non risulta effettuata alcuna verifica interna circa la fattispecie oggetto di vertenza, conseguentemente non spettando alcun rimborso, peraltro incredibilmente richiesto nel 2013 e riconosciuto nel 2015, ovvero oltre 13 anni dopo la chiusura del procedimento penale.

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 Reggio Emilia e al rispettivo Sindaco, nonché all'Organo di revisione;

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 14 luglio 2017.

Il presidente

(Carlo Greco)

Il relatore

(Federico Lorenzini)

Depositata in segreteria il 14 luglio 2017

Il direttore di segreteria

(Rossella Broccoli)