



COMUNE DI PALERMO
Area Relazioni Istituzionali, Sviluppo e Innovazione
Capo di Gabinetto

000000

Palazzo Galletti – Piazza Marina, 46 Palermo Tel. 091/7406316 – fax 091/7406320

E-mail: capogabinettosindaco@comune.palermo.it

P.E.C. : gabinettosindaco@cert.comune.palermo.it

Prot. n. 1861280

del 12/12/2017

Via e-mail

e, per conoscenza

Ai Sigg. Dirigenti

All' Avvocatura Comunale

Al Sig. Presidente del Consiglio Comunale

Ai Sigg. Assessori

Al Sig. Segretario Generale

Al Sig. Ragioniere Generale

Al Collegio dei Revisori

LORO SEDI

OGGETTO: Conferimento di incarichi esterni di rappresentanza e difesa in giudizio alla luce del nuovo Codice degli Appalti (D. Lgs. n. 50/2016). Direttiva.

Come è noto, il D. Lgs. n. 50/2016 – che ha abrogato e sostituito il previgente “Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture” disciplinato dal D. Lgs. n. 163/2006 – recepito nell’ordinamento regionale dalla L.R. n. 8/2016, ha introdotto nuove norme per l’affidamento dei servizi legali.

In particolare, l’art. 17 del D. Lgs. n. 50/2016 – nell’escludere dall’ambito di applicazione delle disposizioni del nuovo “Codice dei contratti” le categorie di contratti di appalto e concessione di servizi elencati nel medesimo articolo – ha definito le prestazioni di “rappresentanza legale” (difesa giudiziale) quali “servizi legali”, rientranti negli appalti di servizi e ne ha declinato le tipologie ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ L’art. 17, D. Lgs. n. 50/2016 dispone che:

« 1. Le disposizioni del presente codice non si applicano agli appalti e alle concessioni di servizi:

a) [omissis] ;

b) [omissis] ;

c) [omissis] ;

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;

Nonostante i “servizi legali” rientrino fra i cd. “contratti esclusi” dall’applicazione del decreto in oggetto, l’art. 4 del medesimo decreto ha sancito che ai relativi affidamenti si applicano i principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità e pubblicità...[omissis]. Pertanto, il decreto in argomento ha adeguato il nostro ordinamento ai principi comunitari, che mirano a garantire la massima trasparenza anche in materia di affidamento degli incarichi di rappresentanza in giudizio da parte delle pubbliche amministrazioni.

Considerato che la novità normativa ha ricondotto il conferimento di incarichi legali da parte delle pubbliche amministrazioni nell’ambito dell’appalto di “servizi legali”, appare opportuno disciplinare le procedure di affidamento, individuando le fattispecie, di interesse di questa Amministrazione, che soggiacciono al rispetto dei principi dettati dal predetto art. 4 e quelle escluse dall’applicazione del predetto articolo, nonché l’iter procedurale da porre in essere per l’affidamento sia degli incarichi relativi ai “servizi legali” sia degli altri incarichi comunque relativi alle difese giudiziali del Comune.

Individuazione delle fattispecie di “servizi legali”, di interesse dell’Amministrazione comunale.

A. Fra le fattispecie di interesse dell’A.C. va annoverato, innanzitutto, il **patrocinio legale per la difesa giudiziale** (“rappresentanza legale”) dello stesso Ente, da affidare ad avvocati esterni nelle ipotesi di conflitto di interessi in capo ai legali dell’Avvocatura comunale, che l’art. 17 del “Codice dei contratti” qualifica come “servizio legale” e, dunque, come appalto di servizi, il cui affidamento deve avvenire nel rispetto dei sopra richiamati principi generali esplicitati nel citato art. 4, con le conseguenti limitazioni degli incarichi conferiti *intuitu personae*.

Inoltre, si procede nelle ipotesi di nomina di un difensore esterno - eventualmente, quale codifensore di un legale dell’Avvocatura comunale - nei casi eccezionali e congruamente motivati in cui necessiti il supporto tecnico di un professionista legale avente una specifica specializzazione, non sussistente all’interno dell’Avvocatura, nella materia giuridica oggetto del giudizio.

B. Nell’alveo dei “servizi legali” deve essere ricondotta anche l’ipotesi della nomina di un **consulente tecnico di parte esterno**, con l’incarico di seguire l’operato del consulente tecnico d’ufficio nominato dal Giudice. Infatti, in mancanza di specifici riferimenti normativi - non rientrando tale tipologia di incarico tra le fattispecie contemplate nei punti da 1) a 5) della lett. d) dell’art. 17 né in altre specifiche disposizioni del nuovo “Codice dei contratti” - e dal momento che il consulente di parte svolge un ruolo strumentale e di supporto alla difesa tecnica cui è affidata la rappresentanza legale in giudizio e che la finalità di detta prestazione rientra nell’ambito del diritto della difesa giudiziale disciplinato dal citato articolo, si ritiene che la fattispecie in esame debba essere disciplinata, in via analogica, secondo i principi generali sull’interpretazione della legge di cui all’art. 12 delle “preleggi”. Pertanto, anche la prestazione ausiliaria di un consulente tecnico di parte deve essere regolata secondo i richiamati principi relativi all’affidamento dei contratti pubblici “esclusi”, espressamente enunciati all’art. 4 del D. Lgs. n. 50/2016.

È evidente che si può ricorrere alla nomina di un consulente tecnico di parte esterno soltanto nei casi di accertata carenza nell’organico dell’Ente della specifica professionalità e competenza tecnica richieste.

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 istituzioni 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;

3) servizi di certificazione e autenticazione di documenti che devono essere prestati da notai;

4) servizi legali prestati da fiduciari o tutori designati o altri servizi legali i cui fornitori sono designati da un organo giurisdizionale dello Stato o sono designati per legge per svolgere specifici compiti sotto la vigilanza di detti organi giurisdizionali;

5) altri servizi legali che sono connessi, anche occasionalmente, all’esercizio dei pubblici poteri».

- C. Il citato art. 17, nell'enumerazione dei "servizi legali" non fa alcun riferimento nemmeno alla fattispecie della **"domiciliazione" processuale**, che si sostanzia in una attività - svolta da un avvocato diverso dal difensore e a questi direttamente legato - solo strumentale e di supporto per l'espletamento del mandato di "rappresentanza legale" che viene conferito al solo legale dell'Amministrazione, scelto per la difesa tra le professionalità interne dell'Avvocatura comunale.

Al riguardo, si rileva che l'istituto della "domiciliazione" nasce con l'articolo 82 del R.D. n.37 del 1934, per soddisfare le necessità del difensore strumentali all'espletamento del mandato professionale da esso ricevuto, che si riducono ad adempimenti tipici dal tradizionale processo "cartaceo" (quali le comunicazioni, le notificazioni, il deposito fisico in segreteria di atti analogici, ecc. ...). Tuttavia, dopo l'istituzione del c.d. "domicilio telematico" (ovvero della PEC) l'istituto della domiciliazione assume oggi carattere eccezionale, atteso che l'obbligo di indicare l'indirizzo di "posta elettronica certificata" (PEC) esonera l'avvocato dall'elezione di domicilio quando esso si trova a dovere patrocinare una causa fuori dalla circoscrizione del tribunale cui egli è assegnato (Cass., SS.UU. Civili, sent. n°10143/2012). Pertanto, il conferimento dell'incarico di domiciliazione processuale - per spiegare la difesa dell'Amm.ne in un giudizio innanzi ad un'autorità giudiziaria che ha sede "fuori distretto" - può rendersi oggi ancora necessario nei soli casi residuali in cui la cancelleria del giudice competente non sia ancora attrezzata per le comunicazioni processuali a mezzo PEC.

Nei suddetti casi eccezionali, si ritiene che il conferimento ad un legale esterno dell'incarico di semplice "domiciliatario" dell'Amministrazione nei giudizi "fuori distretto" - non rientrando detto incarico, come già indicato, nell'alveo dei "servizi legali" di cui all'art. 17 - potrà continuare ad effettuarsi *intuitu personae* su motivata proposta del legale dell'Avvocatura cui, di volta in volta, viene conferito l'incarico di difensore del Comune e ciò in virtù sia della natura solo strumentale alla difesa giudiziale delle prestazioni richieste a detto professionista esterno (trattandosi di un'attività, che si svolge avanti all'Autorità giudiziaria ove si celebra il processo, sostanzialmente esecutiva di istruzioni dell'Avvocatura comunale) sia della natura strettamente "fiduciaria" dell'incarico, di cui peraltro lo stesso difensore risponde direttamente anche nei confronti dell'Amministrazione (si veda anche l'art. 7 del vigente Codice Deontologico Forense).

Procedimento di conferimento degli incarichi rientranti nelle fattispecie di "servizi legali", di interesse dell'Amministrazione comunale.

1. Nelle ipotesi in cui dovesse presentarsi - per cause comunque non imputabili all'Amministrazione - l'estrema urgenza di dovere provvedere a difese giudiziali non programmabili e soggette a prossime scadenze processuali, al fine di non compromettere la tutela dei diritti e degli interessi del Comune è ammessa la nomina di un legale o di un consulente tecnico di parte esterni (di cui ai punti **A** e **B**) attraverso un affidamento diretto dell'incarico, applicando quanto previsto dall'art. 63, comma 2, lett. c) del nuovo Codice degli Appalti, con il rispetto delle correlate regole procedurali ⁽²⁾ e dandone adeguata motivazione nel provvedimento di conferimento dell'incarico.

⁽²⁾ L'art. 63, D. Lgs. n. 50/2016 dispone che:

«1. Nei casi e nelle circostanze indicati nei seguenti commi, le amministrazioni aggiudicatrici possono aggiudicare appalti pubblici mediante una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, dando conto con adeguata motivazione, nel primo atto della procedura, della sussistenza dei relativi presupposti.

2. Nel caso di appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, la procedura negoziata senza previa pubblicazione può essere utilizzata:

a) [omissis];

b) [omissis];

2. Con riferimento alla fattispecie di cui al punto C), occorre premettere che per il conferimento di tali incarichi – in mancanza di specifica disciplina normativa – questa Amministrazione ha proceduto mediante provvedimenti di nomina sindacale, adottati su proposta dell'Avvocatura, inoltrata su iniziativa degli Avvocati dirigenti. Ebbene, da un lato, la circostanza che la tipologia dell'incarico di legale "domiciliatario" non è compreso nella categoria dei servizi di "rappresentanza legale" disciplinati dall'art. 17 del D. Lgs. n. 50/2016 – che sono correlati al mandato (procura alla lite) che viene conferito dal Sindaco quale Capo dell'Amministrazione comunale – e, dall'altro, la natura strettamente fiduciaria del rapporto che si concretizza tra il "domiciliatario" ed il difensore del Comune, inducono a modificare il procedimento di conferimento fino ad oggi seguito, procedendo invece mediante determinazione dirigenziale adottata dall'Avvocato Capo su proposta del difensore in giudizio quale responsabile del relativo procedimento, che dovrà motivare le eccezionali ragioni che giustificano il conferimento dell'incarico.
3. Per quanto concerne l'affidamento degli incarichi di cui ai punti A) e B) ⁽³⁾, gli Uffici dell'A.C. cui si riferisce il contenzioso giudiziale e che per tale ragione devono provvedere per la nomina di un soggetto esterno (difensore esterno, codifensore, o CTP) dovranno adottare una determinazione a contrattare, che espliciti:
- le ragioni che rendono necessario il conferimento dell'incarico;
 - l'assenza della richiesta professionalità all'interno dell'organizzazione comunale, attestando la attraverso la documentazione comprovante l'avvenuto accertamento;
 - la misura del compenso complessivo lordo previsto - che per gli incarichi rientranti nel punto A) quantificherà l'Avvocatura comunale su richiesta dell'Ufficio di amministrazione attiva cui si riferisce la controversia giudiziale, il quale provvederà direttamente alla quantificazione del compenso per i casi rientranti nel punto B), redigendo un preventivo analitico distinto per voci di costo in base ai principi di cui all'art. 9, comma 4, D. L. n. 1/2012, convertito in L. n. 27/2012 ⁽⁴⁾ e dei criteri di cui al Decreto del Ministero della Giustizia n. 140/2012 ⁽⁵⁾ - sul quale il professionista candidato, ove sia previsto fra i criteri oggettivi della selezione, potrà praticare un ribasso, giungendo ad un importo, che costituirà il compenso pattuito fra le parti all'atto del conferimento dell'incarico;
 - le informazioni correlate al pagamento del compenso e le modalità di pagamento, idonee ad assicurare la tracciabilità dei flussi finanziari in base alla vigente normativa;
 - lo schema di avviso pubblico nel quale, oltre agli elementi di cui ai punti precedenti, sono predeterminati - nel pieno rispetto dei principi di "economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, ..." di cui all'art. 4 del D. Lgs. n.

c) nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati. Le circostanze invocate a giustificazione del ricorso alla procedura di cui al presente articolo non devono essere in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici».

⁽³⁾ Ricorrendo i presupposti del conflitto di interessi in capo ai legali dell'Avvocatura comunale ovvero l'accertata carenza nell'organico dell'Ente delle specifiche professionalità richieste nel caso di nomina di un CTP o di un difensore esterno, eventualmente quale codifensore di un legale dell'Avvocatura.

⁽⁴⁾ L'art. 9, comma 4, D. L. n. 1/2012, convertito in L. n. 27/2012 dispone che:

«1. Il compenso per le prestazioni professionali è pattuito, nelle forme previste dall'ordinamento, al momento del conferimento dell'incarico professionale. Il professionista deve rendere noto al cliente il grado di complessità dell'incarico, fornendo tutte le informazioni utili circa gli oneri ipotizzabili dal momento del conferimento fino alla conclusione dell'incarico e deve altresì indicare i dati della polizza assicurativa per i danni provocati nell'esercizio dell'attività professionale. In ogni caso la misura del compenso è previamente resa nota al cliente con un preventivo di massima, deve essere adeguata all'importanza dell'opera e va pattuita indicando per le singole prestazioni tutte le voci di costo, comprensive di spese, oneri e contributi. Al tirocinante è riconosciuto un rimborso spese forfettariamente concordato dopo i primi sei mesi di tirocinio».

⁽⁵⁾ Nell'ipotesi di conferimento di incarico ad un CTP da nominare in giudizio, la determinazione del compenso a questi dovuto dovrà essere predeterminata nel rispetto dei medesimi principi e criteri contenuti nel citato Decreto Ministeriale, con specifico riguardo alle altre "professioni regolamentate" soggette alla vigilanza del Ministero della Giustizia.

150/2016 - i criteri da applicare nella procedura comparativa finalizzata alla scelta del soggetto da nominare. A titolo esemplificativo ma non esaustivo, potrebbero costituire criteri oggettivi di scelta del candidato il ribasso sul compenso complessivo lordo previsto per l'incarico, l'esperienza e la specializzazione nella materia oggetto del giudizio in cui è parte il Comune, le capacità economico-finanziaria ovvero tecnico-professionale ⁽⁶⁾;

- i termini e le modalità di presentazione delle istanze di partecipazione;
- lo schema di disciplinare di incarico;
- la prenotazione di impegno di spesa.

Una volta conclusa la fase di comparazione delle istanze pervenute e selezionato il professionista da incaricare, l'Ufficio di amministrazione attiva competente dovrà predisporre la proposta di Determinazione sindacale di incarico, con l'indicazione del soggetto prescelto. Il provvedimento sindacale dovrà contenere:

- il richiamo alla determinazione a contrattare;
- il riferimento alla presenza in capo al professionista selezionato di tutti requisiti richiesti per l'espletamento dell'incarico;
- lo schema di disciplinare di incarico sottoscritto dal professionista per accettazione dei contenuti, compreso il compenso che, a seguito dell'eventuale ribasso praticato, è pattuito fra le parti;
- la trasformazione della prenotazione in impegno di spesa.

Nell'ipotesi di conferimento di incarichi successivi, la scelta deve ricadere su diversi professionisti esterni, salve eccezionali e motivate ragioni esplicitamente indicate nel provvedimento di nomina.

Il procedimento di affidamento dell'incarico dovrà essere in linea con la normativa vigente in materia di trasparenza, di pubblicità degli atti e di privacy.

La presente vale quale aggiornamento e modifica delle precedenti direttive emanate in materia.

Il Capo di Gabinetto
Dott. Sergio Pollicita

Il Sindaco
Prof. Leoluca Orlando

⁽⁶⁾ L'Avvocatura comunale potrebbe ricorrere ad un avviso di manifestazione di interesse generale al fine di pervenire ad un elenco/albo "aperto" di legali esterni – suddiviso per le possibili materie oggetto dei giudizi nei quali è parte il Comune – da cui attingere per il conferimento dell'incarico, tenendo conto in via prioritaria delle specializzazioni ed esperienze professionali risultanti dai curricula degli iscritti e applicando comunque il criterio della rotazione.