



DIRETTIVA del SEGRETARIO GENERALE n. 3/ 2017

Allegato al verbale esito dei controlli amministrativi interni 2° quadrimestre 2017.

OGGETTO: La gestione del contenzioso e l'affidamento dei servizi legali – Indicazioni operative e linee guida

Sussiste la necessità di adottare apposite misure organizzative finalizzate a monitorare e gestire in modo efficace il contenzioso, alla luce delle importanti novità introdotte dal codice dei contratti pubblici (d.lgs 50/2016 t.v.) e anche nell'ottica della corretta dotazione dell'accantonamento al fondo rischi previsto dal principio contabile della competenza finanziaria potenziata .

L'area del contenzioso, e i relativi processi lavorativi, sono stati inclusi, del resto, dall'Anac (determina n. 12/2015) nelle aree generali a rischio corruttivo da mappare ai fini dell'organizzazione di un sistema organizzativo di prevenzione della corruzione amministrativa.

Ciò posto, si forniscono le seguenti indicazioni operative e linee guida cui ci si dovrà attenere nella gestione del contenzioso per gli aspetti concernenti l'affidamento degli incarichi e dei servizi e per gli aspetti più propriamente afferenti l'incidenza del nuovo sistema contabile.

1. Il principio contabile applicato e la verifica del contenzioso

Il principio contabile applicato della contabilità finanziaria potenziata (4/2, par. 5.2. lett. h) dispone che “nel caso in cui l'ente, a seguito di contenzioso in cui ha significative probabilità di soccombere, o di sentenza non definitiva e non esecutiva, sia condannato al pagamento di spese, in attesa del giudizio, si è in presenza di una obbligazione passiva condizionata al verificarsi di un evento (l'esito del giudizio o del ricorso)” in relazione alla quale, non essendo possibile impegnare alcuna spesa, l'ente è tenuto ad accantonare le risorse necessarie per il pagamento degli oneri previsti dalla sentenza, stanziando le relative spese che confluiranno alla chiusura dell'esercizio in avanzo accantonato al pagamento delle eventuali spese future. In pratica, **il principio contabile introduce l'obbligo di costituzione di un apposito fondo rischi.**

Il Comune ha in corso una ricognizione ordinaria del contenzioso pendente a carico dell'Ente onde verificare la consistenza ad oggi del rischio di soccombenza e la corretta stima dell'accantonamento a bilancio del fondo sul contenzioso.

La stima del rischio di soccombenza deve essere effettuata, altresì, per ciascun nuovo contenzioso incardinato durante l'anno corrente, al fine di accantonare sugli stanziamenti di competenze l'importo stimato del rischio.

2. La decisione in merito alla costituzione in giudizio

E' noto che il Comune non è dotato dell'avvocatura interna e, pertanto, non sussiste nell'organigramma l'ufficio legale e non è formalmente costituito un ufficio contenzioso.

Ciascun settore/servizio interessato gestisce il rapporto con i legali esterni nell'ambito del contratto di patrocinio.

Ne consegue che in presenza di contenzioso in sede giurisdizionale si conferma l'assetto ordinario delle competenze sulla questione di merito.

Gli atti giudiziari notificati al Comune saranno assegnati :

- ai singoli responsabili di settore competenti per il procedimento, il provvedimento o il mero processo da cui è scaturito il contenzioso;
- in copia al segretario comunale quale responsabile anticorruzione e al dirigente degli affari generali e legali.

Il responsabile di settore così individuato, avrà il compito di istruire l'atto e di trasmettere non oltre 15 giorni (fatti salvi i casi di urgenza che saranno di volta in volta segnalati in ragione della natura cautelare dei provvedimenti richiesti o dei procedimenti giudiziari attivati) **una dettagliata relazione al Segretario generale e al responsabile del settore affari generali e legali** e, per conoscenza, al sindaco, allegando tutta la documentazione utile a valutare la fondatezza della domanda, eventuali prescrizioni e/o scadenze ed, in generale, il rischio di soccombenza, che dovrà concludersi con una motivata proposta di costituirsi o non costituirsi in giudizio, ed eventualmente con l'elaborazione sintetica di una proposta di transazione da poter sottoporre alla parte; costituisce elemento obbligatorio del contenuto della relazione la indicazione della sussistenza di eventuali impegni contabili già assunti e/o di residui passivi conservati in relazione alla pretesa oggetto di lite.

Il Segretario generale e il responsabile del settore affari generali e legali entro 5 gg dalla ricezione della relazione possono effettuare eventuali osservazioni.

Sulla scorta della relazione, della documentazione allegata, della proposta del responsabile di settore e delle eventuali osservazioni verrà sottoposta alla Giunta, a cura del Responsabile di Settore, la proposta di delibera circa la costituzione o mancata costituzione in giudizio .

3. La scelta del legale

Con l'entrata in vigore del codice dei contratti pubblici è da considerarsi superata la distinzione, che si era affermata nel previgente quadro normativo, tra il conferimento del **singolo incarico di patrocinio legale e l'attività di assistenza e consulenza giuridica.**

Il primo caso era sottratto alla disciplina del d.lgs. n. 163/2006 in quanto qualificato come **"contratto d'opera intellettuale"**, in ragione del fatto che il prestatore d'opera, pur avendo l'obbligo di compiere, dietro corrispettivo, un servizio a favore del committente, senza vincolo di subordinazione e con assunzione del relativo rischio, esegue detto servizio con lavoro prevalentemente proprio, senza una necessaria organizzazione ("l'incarico legale per la difesa in giudizio dell'Amministrazione costituisce prestazione intellettuale, estranea al perimetro dei servizi legali, pertanto non è necessario l'esperimento di procedura comparativa ad evidenza pubblica di stampo concorsuale" : CdS, sez. V, 11/05/2012, n. 2730).

Per l'aspetto procedurale e normativo riassume sul tema la posizione della Corte dei Conti la recente pronuncia della Corte dei Conti Emilia Romagna adottata con deliberazione n. 131 del 12 settembre 2017 riguardante **“Relazione sui servizi legali attribuiti nel 2015 dal Comune di Carpi (MO)”**:

“ 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'articolo 2230 del codice civile. In ogni caso la magistratura contabile già riteneva che detta tipologia di incarico, pur non riconducibile direttamente agli incarichi professionali esterni disciplinati dall'articolo 7 , comma 6 e seguenti del D.lgs 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 “

Il secondo caso, invece, era qualificato come **appalto di servizi**, in quanto l'attività di assistenza e consulenza giuridica, caratterizzata dalla complessità dell'oggetto e dalla predeterminazione della durata, pur presentando elementi di affinità con il contratto d'opera (autonomia rispetto al committente), si differenzia da quest'ultimo poiché la prestazione è eseguita con organizzazione di mezzi e personale che fanno ritenere sussistente, assieme al requisito della gestione a proprio rischio, la qualità di imprenditore commerciale caratterizzata da una specifica organizzazione

La nozione comunitaria di appalto è molto lata e ben più ampia della nozione italiana, come desunta dal codice civile. Su questa scia il legislatore europeo e il nuovo codice dei contratti ha ricondotto ogni attività professionale legale in favore delle pubbliche amministrazioni nel concetto generale di appalto di servizio legale.

Gli incarichi di patrocinio legale collegati o collegabili ad un giudizio sono previsti e disciplinati dall'articolo 17 comma 1 lett. d) del D.lgs 50/2016 rientrano nella nozione di appalto di servizi e appartengono alla categoria dei contratti esclusi dalla puntuale applicazione del codice cui si applicano però i principi dell'articolo 4.

«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».

Non è possibile conferire incarichi di patrocinio legale su base fiduciaria (c.d. intuitu personae).

Tra i principi dell'articolo 4 da applicare nelle procedure di affidamento si segnala (fonte linee guida ANAC sull'affidamento dei servizi legali in consultazione):

- economicità

“ a titolo meramente esemplificativo nella motivazione sull'affidamento dell'incarico si può giustificare il compenso pattuito sulla base di un confronto con la spesa per precedenti affidamenti, con gli oneri riconosciuti da altre amministrazioni per incarichi analoghi ovvero con i parametri fissati nel decreto ministeriale 10 marzo 2014, n. 55, «Regolamento recante la determinazione dei parametri per la liquidazione dei compensi per la

professione forense, ai sensi dell'articolo 13, comma 6, della legge 31 dicembre 2012, n. 247, nonché di una valutazione comparativa di due o più preventivi. In quest'ultimo caso, trattandosi di servizi esclusi dall'ambito di applicazione del codice, l'amministrazione stabilisce discrezionalmente il numero di preventivi da confrontare, più confacente alle proprie esigenze, tenendo conto anche del valore economico dell'affidamento;

- efficacia

“può assumere rilevanza - nelle valutazioni che l'amministrazione è tenuta a effettuare per l'affidamento, ad esempio, dell'incarico di rappresentanza legale in un procedimento giurisdizionale - la presenza di un pregresso contenzioso che si è concluso con esito positivo per l'amministrazione medesima “;

- imparzialità

“ richiede una valutazione equa ed imparziale dei concorrenti e, quindi, l'assoluto divieto di favoritismi e di discriminazione; pertanto, tale principio impone che l'appalto sia aggiudicato conformemente alle regole procedurali fissate all'inizio “;

- parità di trattamento

“ i criteri di selezione non devono essere discriminatori e devono essere eliminati gli ostacoli o le restrizioni nella predisposizione delle offerte e nella loro valutazione “;

- trasparenza

“ La trasparenza consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di conoscibilità delle procedure di gara, ivi comprese le ragioni che sono alla base delle scelte compiute dall'amministrazione, anche al fine di consentire il controllo sull'imparzialità della selezione “

“ L'obbligo di trasparenza non impedisce inoltre all'amministrazione aggiudicatrice di adottare misure per limitare il numero di candidati invitati a presentare un'offerta a condizione di farlo in modo trasparente e non discriminatorio, fornendo informazioni adeguate sui meccanismi di selezione dei candidati che saranno inseriti nell'elenco ristretto”;

- proporzionalità

“ Tale principio impone, quindi, di formulare requisiti di partecipazione proporzionati all'oggetto e al valore dell'appalto, nonché di predisporre procedure la cui complessità sia proporzionata alla tipologia di contratto che si intende affidare”;

- pubblicità

“Una forma di pubblicità adeguata è data da un avviso pubblico sul sito istituzionale della stazione appaltante, che si caratterizza per l'ampia disponibilità e facilità di utilizzo e per la convenienza sotto il profilo dei costi. Il mancato ricorso ad adeguate forme di pubblicità è giustificato negli stessi casi in cui il Codice consente deroghe specifiche che autorizzano, a talune condizioni, procedure senza previa pubblicazione di un avviso pubblicitario, a condizione di rispettare le condizioni enunciate per una di tali deroghe. Il principio di pubblicità in esame richiede anche la pubblicazione dell'avviso sui risultati della selezione.”;

Nella fase attuale non è stata considerata la possibilità di procedere con la costituzione di elenchi di professionisti cui conferire gli incarichi di patrocinio legale senz'altro ammessa alle condizioni e con le caratteristiche esplicitate da ANAC .

Nell'ipotesi di **costituzioni in giudizio impellenti e non conciliabili** con i tempi sia pur stretti e semplificati richiesti dall'attuazione dei principi sopra riportati (ad esempio ricorso al giudice amministrativo con istanza cautelare e fissazione rapida dell'udienza per la trattazione della cautelare), è da considerarsi ammissibile una scelta diretta preceduta solo dalla acquisizione di preventivi, ma adeguatamente motivata e dando conto comunque della applicazione del principio di rotazione.

L'appalto del servizio di patrocinio legale va sempre formalizzato con la sottoscrizione di specifica convenzione di incarico. Si allega schema tipo.

Il preventivo di spesa acquisito dal soggetto affidatario deve considerarsi onnicomprensivo e non soggetto a conguagli. In caso di vittoria nel giudizio con riconoscimento delle spese a favore dell'ente, l'importo da liquidare all'incaricato rimane comunque quello fissato nella convenzione d'incarico.

Da ultimo si segnala che la classificazione dell'incarico di patrocinio legale quale appalto di servizi rende assoggettabile la prestazione alle norme **sul CIG** ai fini della tracciabilità (Determinazione ANAC n. 556 del 31.05.2017 – GU 160/2017 – Pagina 20).

4. La valutazione dei rischi soccombenza

In sede di conferimento dell'incarico legale, attraverso una specifica clausola della convenzione con il professionista, deve avviarsi la stima di calcolo del rischio da soccombenza; il legale di fiducia, infatti, deve assumere l'obbligo di effettuare tale stima e di implementarla dinamicamente durante il corso del giudizio, in relazione alle esigenze del Comune.

La sezione regionale di controllo della Corte dei Conti della Sicilia ha affermato che "già prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 118/2011 - che impone la valutazione del contenzioso passivo sulla base della reale probabilità di soccombenza - i principi contabili dell'Osservatorio, pur non aventi forza di legge, consigliavano (n. 3-65 e 3-66) di identificare e valutare eventuali passività potenziali, al fine di predisporre adeguati accantonamenti per la copertura di futuri debiti, o comunque per il loro eventuale riconoscimento. E' evidente, infatti, che una corretta stima quantitativa e soprattutto qualitativa del contenzioso passivo - effettuata sulla base del grado di maturazione dello stesso, dell'esito dei precedenti gradi di giudizio, nonché della stima del probabile esito - consente la messa in atto di efficaci misure prudenziali tese a limitare l'impatto di passività sopravvenute sugli equilibri di bilancio" (Corte Conti, Sicilia, 26/2016/PRSP del 19.1.2016).

Pertanto, **nella convenzione con i legali di fiducia deve inserirsi una previsione del tipo sotto indicato** : **"Obblighi informativi e stima del rischio contenzioso.** Il professionista si obbliga a comunicare il probabile rischio di soccombenza nella presente controversia entro 30 giorni dalla sottoscrizione della procura alle liti. La valutazione di tale rischio deve essere aggiornata con specifiche comunicazioni periodiche da rendere sulla base dello sviluppo della controversia, anche in relazione al verificarsi di preclusioni o decadenze, nonché all'andamento dell'istruzione probatoria, o ad altri elementi autonomamente valutati dal professionista; la comunicazione in questione deve essere trasmessa, comunque, almeno una volta l'anno entro il 31 gennaio, al fine di poter aggiornare la consistenza del fondo rischi per il contenzioso contestualmente all'approvazione del rendiconto di esercizio. Il rischio deve essere valutato secondo la seguente classificazione: basso, medio, medio-alto, alto, e dovrà essere indicata la durata stimata del giudizio.

La stima del rischio soccombenza deve essere comunicata dal responsabile del settore al Dirigente degli affari generali e legali , al segretario comunale e al responsabile del servizio finanziario, i quali istituiscono ed implementano il **REGISTRO DEL CONTENZIOSO**, attraverso il quale il dirigente degli affari generali e legali, che lo cura, monitora la gestione dei contenziosi pendenti ed il responsabile del servizio finanziario monitora il rischio soccombenza in relazione ai riflessi del contenzioso sull'equilibrio, **anche prospettico, di bilancio, valutando la congruità dell'accantonamento al fondo sul contenzioso.**

In particolare, anche ai fini delle informazioni da inserire nella nota integrativa al bilancio di previsione (art. 11, comma 5, lett. a) del d. lgs. 118/2011 e s.m.i.) devono essere indicati i criteri di valutazione adottati per la formulazione dell'eventuale previsione dell'accantonamento del fondo sul contenzioso.

In sede di rendiconto di gestione deve essere analizzata la congruità dell'accantonamento del fondo sul contenzioso al fine di apportare le opportune variazioni in aumento o in diminuzione necessarie per le modifiche sui rischi intervenute in corso d'anno.

Tale analisi risulta di fondamentale importanza ai fini della valutazione di congruità dell'accantonamento sull'avanzo, ai fini dell'applicazione di quote di tale avanzo o di svincolo da operare sull'accantonamento: senza una tracciabilità della composizione del fondo si rischia, infatti, di vanificare la finalità dell'accantonamento.

5. Il contenzioso potenziale

Particolarmente delicata risulta anche la fase pre-contenziosa, in quanto il mancato tempestivo riscontro delle richieste di risarcimento e/o pagamento potrebbe dar corso a contenziosi in sede giudiziaria in assenza dei presupposti, compromettendo l'acquisizione di elementi istruttori e probatori, e impedendo anche l'efficace utilizzo dello strumento della mediazione e della transazione stragiudiziale.

Si dispone, pertanto, che il responsabile del settore competente provveda ad istruire e riscontrare le istanze di pagamento e/o risarcimento entro il termine massimo di 15 giorni dalla ricezione al protocollo delle istanze formulate dalla parte in proprio o a mezzo di legali, notiziando dell'esito dell'istruttoria anche il segretario comunale , il dirigente degli affari generali e legali ed il Sindaco e proponendo le eventuali misure e/o azioni da adottare.

Al fine di monitorare il rispetto della presente misura organizzativa, l'ufficio del protocollo dovrà trasmettere in copia al segretario comunale e al dirigente degli affari generali e legali tutte le istanze di pagamento e/o di risarcimento danni.

La presente direttiva costituisce atto organizzativo generale e, come tale, verrà pubblicata sull'apposita sottosezione di "Amministrazione trasparente".

Carpi li, 14/12/2017

F.to digitalmente
Il Segretario Generale
Anna Messina

SCHEMA DI CONVEZIONE DI INCARICO

OGGETTO :CONVENZIONE DI INCARICO PER IL PATROCINIO LEGALE NEL GIUDIZIO

ART. 1 PARTI INTERESSATE

Committente: Comune di Carpi, via rappresentato dal dirigente

Professionista: avv..... , con studio legale ubicato ina

ART. 2 OGGETTO DELL' INCARICO

Si fa riferimento alla deliberazione di Giunta Comunale n..... delad oggetto "....." e alla determinazione n..... del di affidamento dell'incarico per

Il Professionista incaricato potrà richiedere al Comune tutti gli elementi, notizie ed indagini che riterrà utili e necessarie per l'espletamento della sua attività, di concerto con le figure preposte facenti parte del settore

ART. 3 PRESTAZIONI ED IMPEGNI DEL PROFESSIONISTA

Il Professionista dovrà prioritariamente provvedere alle seguenti mansioni:

.....
.....
.....

Il Professionista si impegna a svolgere il compito affidatogli secondo le normative specifiche vigenti al momento del conferimento dell'incarico ed ogni altra normativa afferente alla fattispecie dell'incarico

Il Professionista provvederà ad espletare le mansioni affidate entro i termini previsti dalle scadenze processuali .

ART. 4 ELABORATI FORNITI DAL PROFESSIONISTA

Il Professionista è tenuto a produrre:

.....

.....
.....

ART. 5 COMPENSI, RIMBORSI SPESE E PAGAMENTI

Per le prestazioni di cui all'oggetto, il compenso spettante al Professionista è stabilito in **Euro**

(compreso CPA e ritenuta d'acconto, IVA), che verrà corrisposto dietro presentazione di regolare fattura o notula pro-forma e mediante atto di liquidazione da predisporre a cura del Responsabile del Procedimento successivamente alla conclusione del (specificare il tipo di giudizio) .

E' fatta salva la facoltà del professionista incaricato di richiedere l'erogazione di un acconto nella misura massima del% del compenso spettante.

Il pagamento del compenso avverrà entro il termine di 30 giorni decorrenti dalla data di acquisizione al protocollo del Comune della fattura o notula pro- forma di cui sopra previo espletamento delle verifiche di rito finalizzate a rendere certa la liquidabilità della prestazione.

ART. 6 INADEMPIENZE CONTRATTUALI

Nel caso in cui il Professionista non espleti le mansioni affidate rispettando i termini processuali gli verrà applicata una penale sul compenso nella misura che verrà determinata avuto riguardo alle conseguenze del mancato rispetto del termine .

Con particolare riferimento al rispetto del termine per la costituzione in giudizio, verrà applicata una penale pari all'intero ammontare dell'incarico ed in aggiunta verranno richiesti i danni nella misura che sarà quantificata.

In tal caso il Comune, inoltre, con determina dirigenziale, stabilirà la revoca dell'incarico.

ART. 7 PROPRIETA' DEGLI ELABORATI

Gli Elaborati e gli atti predisposti dal Professionista, resteranno di piena ed assoluta proprietà del Comune.

L'Amministrazione avrà diritto alla utilizzazione piena ed esclusiva degli elaborati prodotti anche in caso di revoca dell'incarico.

Per il resto, al Professionista sono riservati i diritti d'autore dell'opera a norma di legge.

ART. 8 DIVERGENZE

Eventuali divergenze sorte tra il Comune ed il Professionista circa l'interpretazione della presente convenzione e della sua applicazione, qualora non sia possibile comporle in via amministrativa, saranno deferite al foro competente di Modena.

ART.9 INCOMPATIBILITA'

Il Professionista dichiara, sotto la propria responsabilità, che con il presente incarico non vengono violate le norme vigenti in materia di incompatibilità professionale; che, pertanto, non ha rapporti con le controparti o che ostino all'esercizio della libera professione né altri rapporti che possano essere in contrasto con l'incarico ricevuto.

ART. 10 OBBLIGHI INFORMATIVI E STIMA DEL RISCHIO CONTENZIOSO

Il professionista si obbliga a comunicare il probabile rischio di soccombenza nella presente controversia entro 30 giorni dalla sottoscrizione della procura alle liti. La valutazione di tale rischio deve essere aggiornata con specifiche comunicazioni periodiche da rendere sulla base dello sviluppo della controversia, anche in relazione al verificarsi di preclusioni o decadenze, nonché all'andamento dell'istruzione probatoria, o ad altri elementi autonomamente valutati dal professionista; la comunicazione in questione deve essere trasmessa, comunque, almeno una volta l'anno entro il 31 gennaio, al fine di poter aggiornare la consistenza del fondo rischi per il contenzioso contestualmente all'approvazione del rendiconto di esercizio. Il rischio deve essere valutato secondo la seguente classificazione: basso, medio, medio- alto, alto, e dovrà essere indicata la durata stimata del giudizio.

ART. 11 VALIDITÀ

La presente convenzione di incarico è impegnativa per le parti interessate a far tempo da (se necessario potrebbe essere riportato "dalla data della determina dirigenziale di conferimento dell'incarico")

Carpi, lì ____/____/____

Il Professionista

IL DIRIGENTE
