COMUNE DI BORGO SAN LORENZO
PROVINCIA DI FIRENZE

COPIA DI DETERMINAZIONE

Numero 703 del 16-10-17

Oggetto:	**CONTENZIOSO OMISSIS / COMUNE BORGO SAN LORENZO. RICORSO AL TAR TOSCANA, PREVIA SOSPENSIVA, AVVERSO ORDINANZA N. 44/2017. AFFIDAMENTO INCARICO ALLO STUDIO LEGALE NITTI & ASSOCIATI DI FIRENZE.**

IL VICARIO RESPONSABILE STAFF SEGRETERIA E ORGANI DI GOVERNO

VISTI:
- gli artt. 107, 151, 192 e 193 del T.U.E.L. (decreto legislativo n. 267/2000);
- il vigente Statuto comunale;
- il vigente regolamento comunale sull'ordinamento degli uffici e dei servizi;
- il vigente regolamento comunale di contabilità;

PREMESSO che in data 21/09/2017, prot. n. 21241, è stato notificato il ricorso al TAR Toscana promosso dai sigg. *omissis* per richiedere l'annullamento, previa sospensiva, dell'ordinanza n. 44 del 09/06/2017 adottata dal Servizio tecnico del Comune di Borgo San Lorenzo;

VISTA la delibera della G.C. n. 91 del 5/10/2017 che ha espresso l'indirizzo di costituzione in giudizio dell'Ente, demandando allo scrivente Ufficio di procedere con propri atti gestionali;

VISTI gli artt. 6, comma 2, e 50, comma 2, del D.Lgs. n. 267/2000 che disciplinano la rappresentanza, anche in giudizio, degli enti locali, assegnandola in via ordinaria al Sindaco e demandando alla fonte statutaria le modalità di esercizio della stessa;

VISTA la sentenza Cassazione Civile, SS.UU. n. 12868 del 16/06/2005, che, nel dirimere un conflitto interpretativo tra diverse sezioni formatosi negli ultimi anni in merito alle competenze degli organi in materia, ha sostanzialmente rimesso alla fonte statutaria la disciplina della rappresentanza processuale e dell'autorizzazione con delibera giuntale alla costituzione in giudizio (da considerarsi non più necessaria in via assoluta se non espressamente prevista dallo Statuto);

VISTO lo Statuto comunale vigente, che:
- attribuisce al Sindaco la rappresentanza legale generale dell'Ente (artt. 28 e 29.1, lett. a),
- prevede, all'art. 40-bis, comma 1, ed a parziale attuazione dell'art. 6.2 D. Lgs. n. 267/00, la possibilità di attribuzione della rappresentanza processuale al segretario comunale (non attribuendola però direttamente);
- non prevede la necessità di deliberazione giuntale per la costituzione in giudizio dell'Ente;

ATTESO che, allo stato, la facoltà di attribuzione di cui all'art. 40-bis Statuto non risulta

esercitata;

VISTO l'art. 48 del D.Lgs. n. 267/2000 che attribuisce alla Giunta Comunale le competenze residuali nelle materie di competenza degli organi di governo (indirizzo politico-amministrativo);

VISTO l'art. 107 del D.Lgs. n. 267/2000 che attribuisce alla dirigenza ogni potere gestionale di attuazione dell'indirizzo politico-amministrativo;

RITENUTO, in definitiva, sussistere presso questo Ente il seguente assetto di competenze:
- competenza del Sindaco per la rappresentanza processuale dell'Ente (art. 50.2 Tuel e artt. 28-29 Statuto comunale);
- competenza residuale ed eventuale della Giunta in merito all'indirizzo politico-amministrativo generale relativo alla costituzione in giudizio (art. 48 Tuel);
- competenza dirigenziale per la fase preliminare dell'istruttoria decisoria in merito alla costituzione in giudizio e per la fase successiva eventuale relativa all'incarico professionale ad idoneo legale di fiducia (art. 107 Tuel);

VISTO, in merito, l'art. 40/bis, comma 2, dello Statuto comunale;

RILEVATO in merito alla natura giuridica dell'incarico da conferire ed alle conseguenti modalità di affidamento, quanto di seguito riportato:
- sotto la vigenza del precedente Codice dei contratti (D.Lgs. n. 163/2006), l'AVCP, con determinazione n. 4/2011, nel distinguere la fattispecie del servizio legale vero e proprio, inquadrabile nell'ambito dell'appalto di servizi, da quella del patrocinio legale, sussistente quando il contratto è diretto a soddisfare il solo e circoscritto bisogno di difesa giudiziale dell'Ente, riteneva che l'incarico in tale ultimo caso fosse sussumibile nella categoria dei contratti di prestazione d'opera intellettuale, disciplinato dagli artt. 2230 e ss. del codice civile;
- da tale inquadramento, l'AVCP aveva fatto derivare le seguenti implicazioni giuridico-operative relative all'affidamento del patrocinio legale:
1) non applicabilità delle norme in materia di tracciabilità ex L. n. 136/2010 e s.m.i , relative solo agli appalti ed alle concessioni pubbliche;
2) non applicabilità delle norme del D.Lgs. n. 163/2006 relative all'affidamento, anche in economia, dei contratti di appalto cd. esclusi, nell'ambito dei quali erano ricompresi gli appalti dei servizi legali in senso proprio (art. 20 ed allegato IIB);
3) non applicabilità delle norme in materia di incarichi di collaborazione autonoma di cui all'art. 7, commi 6 e ss. del D.Lgs. n. 165/2001 e s.m.i., disciplinati nel dettaglio dai regolamenti locali di cui agli artt. 48.3 , 89 e 110.6, D.Lgs n. 267/2000;
- si versava, quindi, nell'ambito di una lacuna normativa che si ipotizzò di colmare, in via residuale, attraverso l'applicazione dell'art. 27 del D.Lgs. n. 163/2006 che prevedeva per l'affidamento dei contratti esclusi il rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità, con invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto;
- tale possibilità, tuttavia, fu esclusa dalla sentenza del Consiglio di Stato, V, n. 2730/2012, che, in merito alla natura dell'incarico (prestazione d'opera intellettuale e non appalto di servizi legali), arrivò alla conclusione che il contratto di conferimento del singolo patrocinio legale non poteva soggiacere, neanche ai sensi dell'art. 27 del D.Lgs. n. 163/2006, ad una procedura concorsuale selettiva, poiché incompatibile con la struttura della fattispecie contrattuale, caratterizzata, alla luce dell'aleatorietà dell'iter giudiziale, dalla non predeterminabilità degli aspetti temporali, economici e sostanziali

delle prestazioni e dalla conseguente assenza di basi oggettive sulla scorta delle quali fissare i criteri di valutazione necessari per una effettiva selezione comparativa, riconducendolo, in definitiva, ad una scelta eminentemente fiduciaria (in senso conforme, si veda, da ultimo, TAR Campania, SA, II, sentenza 16 luglio 2014, n. 1383);
- tali conclusioni sono oggi messe in discussione dalla riforma del Codice dei contratti pubblici di cui al D.Lgs. n. 50/2016, così come chiarito dal parere ANAC n. 1158 del 9/11/2016 e dall'atto di regolazione ANAC del 10/04/2017, rimasto in consultazione fino al 10/05/2017. L'Autorità muove dall'assunto che l'art. 17 del D. lgs. n. 50/2016 annovera espressamente, tra gli appalti esclusi dall'applicazione del Codice degli appalti, i servizi concernenti cinque tipologie di servizi legali, tra cui la rappresentanza legale di un cliente da parte di un avvocato in un arbitrato e in procedimenti giudiziari dinanzi gli organi giurisdizionali o autorità pubbliche (art. 17, c. 1, lett. d), n.1). Tale disposizione varrebbe a qualificare il patrocinio legale, identificabile nella richiamata disposizione, come appalto di servizi, benchè escluso dall'ambito di applicazione del codice.
- da tale nuovo inquadramento, l'ANAC fa discendere:
1) che anche i contratti pubblici esentati dal puntuale rispetto delle procedure previste dal Codice non possono essere affidati come incarichi intuitu personae;
2) il necessario rispetto di alcune regole minime, così come espresse dai principi generali di cui all'art. 4 del D. Lgs. n. 50/2016- economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità;

DATO ATTO, pertanto, che:
- ad oggi, l'Autorità non ha ancora approvato, in via definitiva, l'atto di regolazione sopra citato (si veda, sul punto, anche parere Consiglio di Stato n. 2109 del 6/10/2017);
- è urgente provvedere alla attribuzione dell'incarico, affinché non sia leso il diritto inviolabile alla difesa dell'Ente di cui all'art. 24 della Costituzione;
- appare comunque opportuno, medio tempore, adeguarsi al dettato normativo del nuovo Codice dei contratti, in punto di qualificazione giuridica del contratto e connessi incombenti amministrativi;

RITENUTO, per quanto attiene al servizio in oggetto, che:
a) ordinariamente, salvo ipotesi di particolare complessità, il compenso proposto a forfait, ex art. 13.3 L. 247/2012, per l'intero grado del giudizio innanzi al TAR, in presenza di istanza cautelare, è pari a circa euro 3.996,72, incluse CPA e IVA;
b) l'importo stimato del servizio risulta, quindi, notevolmente inferiore al limite di € 40.000,00 stabilito dalla normativa vigente per poter procedere ad un affidamento diretto, anche senza la previa consultazione di due o più operatori economici;
c) l'amministrazione non può provvedervi direttamente con proprio personale, stante l'inesistenza dell'avvocature comunale;
d) il ricorso alla procedura semplificata dell'affidamento diretto ex art. 36, c. 2, lett. a), del D. Lgs n. 50/2016 risulta, pertanto, la soluzione preferibile per dare prima attuazione alle disposizioni contenute nel Codice degli appalti;

APPARE, viceversa, prematuro, dare attuazione ai principi di cui all'art. 4 del D. Lgs. n. 50/2016, in mancanza dell'atto di regolazione dell'ANAC in corso di approvazione definitiva;

RICHIAMATA la propria nota, prot. n. 23111 del 9/10/2017 (depositata in atti) con la quale, ai sensi dell'art. 13, comma 3, della Legge n. 247/2012, è stata formalizzata la richiesta allo Studio legale Nitti & Associati, nella persona dell'Avv. Luca Manetti, del Foro di Firenze di esprimersi in merito a:

- disponibilità ad assumere l'incarico;
- determinazione del compenso a forfait, ex art. 13.3 L. 247/2012, per l'intero grado del giudizio, pari a € 3.150,00 oltre Cassa ed IVA;
- ulteriori condizioni contrattuali proposte dall'Ufficio;
- ulteriori dichiarazioni ai fini del conferimento del servizio;

VISTA la nota **prot. n. 23385 del 12/10/2017** (depositata in atti), con la quale l'Avv. Manetti:
- ha formalizzato la propria disponibilità ad assumere l'incarico;
- ha confermato il compenso a forfait proposto nella somma di € 3.150,00 oltre Cassa ed IVA (per complessivi € 3.996,72) accettando le ulteriori condizioni contrattuali;
- ha adempiuto, ai sensi dell'art. 3 della L. 136/2010 e s.m.i. , a garantire la piena tracciabilità dei flussi finanziari relativi al presente affidamento, utilizzando allo scopo un apposito conto corrente dedicato e assicurando il pieno rispetto delle regole stabilite dalla fonte normativa richiamata;
- ha rimesso altresì la dichiarazione di "pantouflage – revolving doors" relativa all'affidamento di incarichi professionali o stipula di contratti di lavoro subordinato ad ex dipendenti del Comune di Borgo San Lorenzo;

DATO ATTO che alla presente procedura è stato attribuito il **CIG n. Z3B2037D6D**;

RITENUTO di dover provvedere al formale conferimento dell'incarico, con contestuale impegno delle spese necessarie;

RITENUTA la competenza dirigenziale a provvedere in merito alla fattispecie in trattazione ex art. 107, comma 3, del D.Lgs. n. 267/2000;

DATO ATTO che la presente costituisce determina a contrattare ex art. 192 D.Lgs. n. 267/2000;

RICHIAMATE la deliberazione del Consiglio Comunale n. 9 del 22/03/2017 con cui è stato approvato il bilancio finanziario di previsione 2017/2019 e la delibera di Giunta Comunale n. 29 del 23/03/2017 con cui è stato approvato il Piano Esecutivo di Gestione (parte finanziaria) con relativa assegnazione ai responsabili dei Servizi delle risorse necessarie alla gestione degli esercizi 2017/2019, considerati nel bilancio finanziario di previsione;

VISTO l'art. 147-bis, comma 1, del Testo Unico sugli Enti locali, approvato con decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 — introdotto dall'art. 3, comma 1, lettera d), del decreto legge 10 ottobre 2012, n. 174, convertito con modificazione nella legge 7 dicembre 2012, n. 213 —, con riguardo al controllo preventivo sulla regolarità amministrativa e contabile, da esprimersi obbligatoriamente dal Responsabile di Servizio, attraverso apposito parere;

VISTO, altresì l'art. 8, comma 3, del regolamento comunale sui controlli interni;

DETERMINA

1) **DI INCARICARE** lo Studio legale Nitti & Associati, nella persona dell'Avv. Luca Manetti **,** con studio in Firenze, via della Torretta n. 16, per la rappresentanza (tecnica) e la difesa del Comune nel giudizio innanzi al TAR Toscana di cui in oggetto e premessa;

2) **DI AUTORIZZARE** il legale incaricato a farsi assistere o sostituire in giudizio, in caso di necessità;

3) **DI DARE ATTO** che l'incarico conferito è regolato dalle condizioni economiche riportate nelle note richiamate e depositate in atti;

4) **DI IMPEGNARE** al suddetto scopo la somma complessiva di **€ 3.996,72** per le occorrende spese difensive;

5) **DI IMPUTARE** la spesa suddetta come segue:
- **euro 1.268,80** al **capitolo 450** "Spese legali per azioni e difese in giudizio e acquisizioni pareri", codice di Bilancio 01.11 -1.03.02.11.006, del **Bilancio/PEG 2017**;
- **euro 2.727,92** al **capitolo 450** "Spese legali per azioni e difese in giudizio e acquisizioni pareri", codice di Bilancio 01.11 -1.03.02.11.006, del **Bilancio/PEG 2018**;

6) **DI DARE ATTO** che tale spesa non rientra tra quelle soggette ai limiti previsti dalle varie disposizioni normative riguardanti gli Enti Locali ed analiticamente riportati nella delibera di Consiglio comunale n. 15 del 22/03/2016 di approvazione del Bilancio finanziario di previsione 2016/2017/2018;

7) **DI DARE ATTO** che si procederà alla pubblicazione dei dati previsti dall'art. 37 D.Lgs. n. 33/2013;

8) **DI DARE ATTO** che Responsabile del presente procedimento ai sensi della Legge n. 241/1990 è la dr.ssa Chiara Pozzolini - Responsabile U.O. Staff Segreteria e Organi di Governo.

Il Dirigente
F.to Pozzolini Chiara

COMUNE DI BORGO SAN LORENZO
PROVINCIA DI FIRENZE

Ufficio: U.O. STAFF SEGRETERIA E ORGANI DI GOVERNO

DETERMINAZIONE N. 703 DEL 16-10-17

Oggetto:	**CONTENZIOSO OMISSIS / COMUNE BORGO SAN LORENZO. RICORSO AL TAR TOSCANA, PREVIA SOSPENSIVA, AVVERSO ORDINANZA N. 44/2017. AFFIDAMENTO INCARICO ALLO STUDIO LEGALE NITTI & ASSOCIATI DI FIRENZE.**

PARERE favorevole di regolarità contabile e VISTO attestante la copertura finanziaria espressi sulla presente determinazione ai sensi degli artt. 147 bis e 151 del D.Lgs. n. 267 del 18.08.2000.

Importo Impegno di spesa € 3.996,72

Lì 17-10-2017

Il Ragioniere
F.to GIANNELLI MARCO