



Delibera n. 206/18

Oggetto: ricorso proposto innanzi al TAR Campania Napoli, con atto notificato a mezzo PEC ed acquisito al protocollo generale AdSP n. 6704 del 11/06/2018, - omissis- c/l'Autorità di Sistema Portuale del Mar Tirreno Centrale. *Annullamento Ordine di servizio n. 10 del 16/04/2018 a firma del Segretario Generale dell'AdSP. Resistenza in giudizio con conferimento incarico di patrocinio all' Avvocato Antonio del Mese dell'Avvocatura interna dell'Ente e all'avv. Marcello D'Aponte del libero foro di Napoli.*

IL PRESIDENTE

VISTI:

- il Decreto n. 423 del 5 dicembre 2016 con il quale il Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti lo nomina Presidente dell'Autorità di Sistema Portuale del Mar Tirreno Centrale;
- la L. 28/01/94 n. 84 recante disposizioni per il riordino della legislazione in materia portuale;
- il D.Lgs. n. 169 del 4 agosto 2016 recante disposizioni per la riorganizzazione, razionalizzazione e semplificazione della disciplina concernente le Autorità portuali di cui alla legge 28 gennaio 1994, n. 84, in attuazione dell'art. 8, co. 1, lettera f), della legge 7 agosto 2015, n. 124;
- il ricorso, notificato a mezzo PEC ed acquisito al protocollo generale AdSP n. 6704 del 11/06/2018, proposto innanzi al TAR Campania Napoli -omissis- c/l'Autorità di Sistema Portuale del Mar Tirreno Centrale per l'annullamento dell'Ordine di Servizio n. 10 del 16/04/2018, a firma del Segretario Generale dell'AdSP, recante lo scardinamento della ricorrente dall'Ufficio Avvocatura «nell'ambito dell'adozione di atti di micro-organizzazione finalizzati al rafforzamento delle funzioni e competenze di alcuni uffici o a garantire un più graduale passaggio di competenze tra uffici e dipendenti, anche al fine di mitigare i carichi di lavoro e ottimizzare le tempistiche delle procedure amministrative»;
- la necessità di costituirsi in giudizio e resistere in nome e per conto dell'Ente nella controversia di cui all'oggetto;

CONSIDERATO CHE il Dirigente dell'Avvocatura dopo aver:

- Visto l'art. 7 del D.Lgs. 169/16 (Modifiche all'art. 6 della legge 28 gennaio 1994, n. 84), co.7, *“Ferma restando la facoltà di attribuire l'attività consultiva in materia legale e la rappresentanza a difesa dell'AdSP dinanzi a qualsiasi giurisdizione, nel rispetto della disciplina dell'ordinamento forense, agli avvocati dell'ufficio legale*



Delibera n. 206/18

interno della stessa Autorità o ad avvocati del libero foro, le AdSP possono valersi del patrocinio dell'Avvocatura di Stato”;

- Considerato che il citato art. 7 del D.Lgs. 169/16 ha recepito quanto sancito dalle sezioni Unite della Corte di Cassazione che, con sentenza n. 9253/1996, hanno riconosciuto agli Enti piena e discrezionale facoltà di scelta fra l'affidamento della propria difesa all'ufficio interno di avvocatura, ad un professionista del libero foro o, in presenza di specifica previsione legislativa, all'avvocatura erariale;
- Vista la Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici, che abroga la direttiva 2004/18/CE a far data dal 18 aprile 2016, il cui articolo 10 espressamente esclude i servizi legali dall'ambito di applicazione della normativa sugli appalti di servizi;
- Vista la Direttiva resa in data 19 gennaio 2017 dall'Unione Nazionale Avvocati Amministrativisti laddove si ribadisce che: a) l'affidamento fiduciario di un incarico legale è in linea con le previsioni del D. Lgs. n. 50/2016 (nuovo codice dei contratti pubblici) e, soprattutto, con quelle di cui alla direttiva europea n. 24/2014, di cui la riforma del codice costituisce coerente attuazione; b) le pubbliche amministrazioni possono procedere al conferimento dell'incarico nel modo ritenuto più confacente al perseguimento del concreto interesse dell'ente, assolvendo il solo onere (artt. 1 e 3 L. n. 241/1990) di esplicitare le ragioni che motivano la scelta del professionista incaricato; c) nelle previsioni di cui alla tab. XIV delle direttiva 2014/14/UE) n. 6, 28, 113 e 114 e, in particolare, il considerando n. 25, è espressamente sancita la scelta di escludere “dall'ambito di applicazione della presente direttiva”, oltre ai servizi prestati dai notai o quelli connessi all'esercizio di pubblici poteri, quelli che “comportano la rappresentanza dei clienti in procedimenti giudiziari”; d) non può certo ricavarsi dalla fonte di recepimento nazionale ciò che la fonte comunitaria esplicita all'opposto;
- Considerato che “... ai fini dell'applicabilità o meno delle norme del codice dei contratti pubblici ai servizi legali, deve ritenersi che si è al cospetto di attività riconducibili nel concetto di servizi legali soltanto qualora l'affidamento non si esaurisca nel patrocinio legale occasionale o episodico dell'amministrazione, ma si configuri come modalità organizzativa di un servizio, affidato a professionisti esterni, più complesso ed articolato, che può anche comprendere la difesa giudiziale ma in essa non si esaurisca ... è pertanto escluso che si debba procedere all'affidamento con una selezione pubblica qualora l'incarico consista nell'occasionale o episodico svolgimento di una attività di consulenza legale ... Al titolare della rappresentanza legale dell'Ente o al dirigente può essere rimessa la



Delibera n. 206/18

scelta intuitu personae del difensore esterno ...” (cfr., ex plurimis, T.A.R. Campania/Salerno, sentenza n. 1197 del 28.5.2015);

- Considerato che le modalità di conferimento del singolo incarico di patrocinio sono state oggetto da sempre di incertezze applicative (Corte dei Conti – sezione Regionale di Controllo per l’Umbria, deliberazione n. 137/2013/PAR - Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza n. 5448 del 23.12.2016 - Corte dei Conti Lombardia, deliberazione n. 178 del 15 maggio 2014 - Corte dei Conti SS.RR. n. 6/2005 - Corte dei Conti – Sez. regionale di controllo per il Piemonte – con deliberazione n. 362 del 25.10.2013 - Corte dei Conti Sezione Controllo Emilia Romagna, delibera n. 75 del 26/04/2017);
- Vista la sentenza del T.A.R. Campania Salerno, sez. II, sentenza n. 1383 del 16.7.2014 laddove si considera che “...è legittimo l’affidamento in via fiduciaria di un singolo incarico o di una singola attività afferente ad una specifica vertenza legale, vista la struttura della fattispecie contrattuale, qualificata, alla luce dell’aleatorietà dell’iter del giudizio, 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 in forza della disciplina recata dal codice dei contratti pubblici ...”.
- Vista la sentenza del Consiglio di Stato n. 2730 del 2012 laddove afferma che “... il conferimento del singolo incarico episodico, legato alla necessità contingente, non costituisce appalto di servizi legali ma integra un contatto d’opera intellettuale che esula dalla disciplina codicistica in materia di procedure di evidenza pubblica. Il contratto di conferimento del singolo e puntuale incarico legale, presidiato dalle specifiche disposizioni comunitarie volte a tutelare la libertà di stabilimento del prestatore in quanto lavoratore, non può soggiacere, neanche nei sensi di cui all’articolo 27 del codice dei contratti pubblici, ad una procedura concorsuale di stampo selettivo che si appalesa incompatibile con la struttura della fattispecie contrattuale, qualificata, alla luce dell’aleatorietà dell’iter del giudizio, dalla non predeterminabilità degli aspetti temporali, economici e sostanziali della prestazioni e dalla conseguente assenza di basi oggettive sulla scorta delle quali fissare i criteri di valutazione necessari in forza della disciplina recata dal codice dei contratti pubblici ...”;
- Fatto rilevare, altresì, che l’incarico di patrocinio legale, secondo quanto ritenuto dalla Corte dei Conti SS.RR. n. 6/2005, non rientra tra gli incarichi di studio, ricerca, consulenza e pertanto non è soggetto all’applicazione la relativa disciplina (art. 7, commi 6 e 6 bis del D.Lgs. 165/2001, art. 3, commi da 54 a 57, della legge finanziaria per il 2008 e art. 5, comma 9, D.L. 95/2012), e come



Delibera n. 206/18

recentemente affermato dalla Corte dei Conti – Sez. regionale di controllo per il Piemonte – con deliberazione n. 362 del 25.10.2013, detto incarico è escluso dal novero degli atti da trasmettere alla Sezione di Controllo della Corte medesima (comma 173, articolo unico, L. 23.12.2005, n. 266 – legge finanziaria);

- Visto il parere del Consiglio di Stato del 6 ottobre 2017 n. 2109 che esclude i servizi legali dall'applicazione del D.lgs. 50/2016 *“anche in ragione di una rilevante componente fiduciaria delle scelte che pure deve essere ritenuta in considerazione”*;
- Visto l'art. 17 del D.lgs. n. 50/2016 (nuovo Codice dei Contratti Pubblici) che esclude dall'applicazione delle disposizioni del nuovo codice degli appalti i servizi legali aventi ad oggetto, tra l'altro, *“la rappresentanza legale di un cliente da parte di un avvocato ai sensi dell'art. 1 della legge 09.02.1982 n. 31 e ss.mm.ii.”*;
- Considerato, tra l'altro, che in applicazione del principio di proporzionalità il Codice degli appalti ritiene addirittura ammissibile l'affidamento diretto dei servizi (che nulla hanno a che vedere con gli incarichi di patrocinio) sotto soglia dei 40.000,00 euro, purché adeguatamente motivato, ai sensi dell'art. 36, co. 2, lettera a) del D. Lgs. n. 50/2016;
- Considerato che l'art. 23 della L. 247 del 31.12.2012 (Nuova disciplina dell'Ordinamento professionale Forense) prevede l'affidamento della responsabilità dell'Ufficio legale ad un avvocato iscritto nell'elenco speciale che esercita i suoi poteri in conformità ai principi della legge professionale;
- Valutate, pertanto, le ragioni di necessità ed opportunità che impongono l'affiancamento al Dirigente dell'Avvocatura, avv. Antonio del Mese, di altro avvocato con specifica competenza per lo svolgimento della presente attività di patrocinio;
- Viste le sentenze del TAR MILANO Sez. V n. 902 del 19/04/2017 e TAR LECCE n. 875 del 31/05/2017 che hanno dichiarato illegittimo l'affidamento di un incarico di patrocinio con la previsione del criterio di aggiudicazione al prezzo più basso;
- Considerata la persistenza delle incertezze giurisprudenziali al riguardo, si procederà con l'affidamento applicando i principi di rotazione (short list aperta), di economicità (applicazione del D.M. 55/14 con percentuale di ribasso determinata dall'Ente affidatario), di trasparenza, di imparzialità e di efficacia (interesse pubblico alla difesa dell'Ente);
- Visto il *“Regolamento sul funzionamento dell'avvocatura e sulla rappresentanza e difesa in giudizio dell'AdSP”* approvato con delibera presidenziale n. 269/17 del 15/11/2017;



Delibera n. 206/18

- Considerato che con l'approvazione del citato Regolamento si sancisce, in linea con dottrina e giurisprudenza, il potere di rappresentanza dell'organo di vertice (nonché il potere in generale di decidere se resistere o ricorrere in giudizio), demandando al dirigente preposto al settore legale la scelta se avvalersi o meno di professionalità esterne, previa ricognizione interna, nonché la scelta del professionista da nominare, venendo a rilevare questa scelta tra quelle ricadenti nelle attività gestionali tipiche del dirigente, ai sensi delle previsioni generali di cui all' art. 16 del D.Lgs. n. 165/2001 (*in terminis, Cons. Stato, sez.V, 14 febbraio 2012, n. 730; Corte dei Conti, deliberazione 156/2017*);
- Vista la comparazione curriculare, effettuata per rotazione e secondo quanto disposto dall'art. 8 del citato Regolamento, tra il curriculum vitae dell'avv. Marcello D'Aponte con quelli degli avvocati E.AG. e R.N., tutti inseriti nella "short list" aperta dell'Ente nel settore oggetto del giudizio (settore lavoro);
- Considerato che all'esito della comparazione il curriculum vitae dell'avv. D'Aponte, è risultato quello maggiormente rispondente alle esigenze dell'Amministrazione in quanto lo stesso: a) ha svolto attività professionale, soprattutto, in ambito giuslavorista; b) ha conseguito specifica esperienza nel settore dell'aggiornamento e della formazione professionale dei dipendenti pubblici e privati; c) ha ricoperto il ruolo di docente del Diritto del Lavoro presso l'Università Federico II di Napoli nonché presso l' "Universite' Paris X-Nanterre la Defense in Francia e presso la Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione Locale di Napoli; d) è autore di numerose pubblicazioni nel settore di riferimento; 5) ha assistito e collaborato con diverse Pubbliche Amministrazioni;
- Considerato, altresì, che l'avv. D'Aponte risulta tra i 6 avvocati che sui 15 iscritti nel settore di riferimento (civile/lavoro) della short list non ha mai avuto incarichi di patrocinio da questa Amministrazione;
- Preso Atto che il compenso professionale dell'avv. Marcello D'Aponte per la costituzione nel citato procedimento viene determinato, in relazione ai valori tariffari dello scaglione di riferimento di cui ai parametri del D.M. 37/18, e con una riduzione percentuale del 40 % circa, in complessivi euro 6.340,08 (€ 3.916,80 per compenso, € 587,52 per spese generali al 15%, € 1.030,59 di I.V.A. ed € 180,17 per C.P.A);
- Vista la Convenzione disciplinare di incarico che, una volta sottoscritta dall'avvocato incaricato, attribuirà alla presente delibera efficacia esecutiva;
- Visto il certificato di disponibilità dei fondi necessari alla copertura della spesa totale pari ad **€ 6.340,08** a valere sul capitolo numero 27 in conto competenza



Delibera n. 206/18

dell'esercizio finanziario 2018 emesso dall'ufficio ragioneria, che costituisce parte integrante della presente deliberazione;

- Considerato, altresì, che l'AdSP del Mar Tirreno Centrale è dotata di un'Avvocatura interna cui sono preposti Avvocati, iscritti nell'elenco speciale annesso all'Albo professionale degli Avvocati, ex art. 3 del R.D.L. 1578/1933 e art. 23 L. 247 del 31/12/2012, dotati di adeguata competenza e professionalità specifica ed abilitati al patrocinio in favore dell'Ente da cui dipendono;
- Espresso parere favorevole in ordine alla regolarità tecnica ed amministrativa della presente delibera ex artt. 4, 5 e 6 L. 241/90;

PROPONE che l'incarico di rappresentare e difendere l'AdSP del Mar Tirreno Centrale sia affidato al Dirigente stesso dell'Avvocatura, avvocato cassazionista iscritto nell'elenco speciale annesso all'Albo professionale e all'avv. Marcello D'Aponte, entrambi in possesso di idonea qualifica e della professionalità necessaria, e che il conferimento dello stesso avvenga previo rilascio di procura speciale ad litem con facoltà anche disgiunte;

**IL DIRIGENTE DELL'AVVOCATURA
(Avv. Antonio del Mese)**

CONSIDERATO CHE la proposta, nei termini come formulata ed istruita, è rispondente alle esigenze dell'Ente e, pertanto, viene condivisa e fatta propria dal Presidente, secondo il presente schema di deliberazione;

D E L I B E R A

- 1)** Di approvare la proposta di deliberazione così come predisposta dal Dirigente Avv. Antonio del Mese;
- 2)** Di autorizzare l'Autorità di Sistema Portuale del Mar Tirreno Centrale a costituirsi in giudizio e a resistere al ricorso proposto innanzi al TAR Campania Napoli - omissis-, con atto notificato a mezzo servizio PEC ed acquisito al protocollo generale n. 6704 del 11/06/2018, avente ad oggetto l'annullamento dell'Ordine di Servizio n. 10 del 16/04/2018, a firma del Segretario Generale dell'AdSP, recante lo scardinamento della ricorrente dall'Ufficio Avvocatura;
- 3)** Di affidare il relativo incarico di rappresentanza e difesa, ad ogni effetto e conseguenza di legge, all'Avvocato interno Antonio del Mese e all'avv. Marcello D'Aponte, ai quali verrà rilasciata apposita procura speciale ad litem con facoltà



Delibera n. 206/18

anche disgiunte (all'avv. D'Aponte la procura speciale sarà rilasciata non appena sottoscritta la Convenzione);

- 4) Di impegnare l'importo di € 6.340,08 quale spesa presuntiva da sostenere per oneri legali;
- 5) Che la spesa graverà sul capitolo 27 del bilancio del corrente esercizio finanziario come da certificato di disponibilità n. 2018-123051 emesso dall'Ufficio Amministrazione in data 4/07/2018;
- 6) Di dichiarare la presente deliberazione immediatamente eseguibile, ai sensi e per gli effetti della L. 84/94, del D. Lgs. 169/16 e del vigente Regolamento di Amministrazione e Contabilità dell'AdSP del Mar Tirreno Centrale;
- 7) Di trasmettere la presente deliberazione al Dirigente dell'Avvocatura per i consequenziali adempimenti, al Dirigente dell'Ufficio Amministrazione e al R.P.C.T. affinché ne curi la pubblicazione sul sito istituzionale dell' AdSP del Mar Tirreno Centrale, sezione Amministrazione trasparente, cartella Provvedimenti/Provvedimenti Organo Indirizzo Politico/Delibere Organo Monocratico di Vertice/anno 2018.

Napoli, 06.07.2018

=====

IL PRESIDENTE
Pietro SPIRITO

Si notifica all'Avvocatura _____ Ufficio Amministrazione _____ R.P.C.T. _____.

Napoli, _____