

Determina n. 6/2017

Oggetto: ricorso proposto innanzi al Consiglio di Stato – Roma - notificato dalla Società CAFE' Haouse S.r.l. in data 27 febbraio 2017 e acquisito al protocollo generale in pari data con numero progressivo 1286 - Conferimento incarico all'Avv. Angelo Beatrice.

IL DIRIGENTE DELL'AREA AAGGCC - UFFICIO LEGALE

VISTA la L. 28/01/94 n. 84 recante disposizioni per il riordino della legislazione in materia portuale;

VISTO 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;

CONSIDERATO che l'art. 7, comma 1, del menzionato decreto legislativo n. 169/2016 ha sostituito l'articolo 6 della legge 84/1994 ed ha introdotto, in luogo delle Autorità Portuali, quindici Autorità di Sistema Portuale, tra cui l'Autorità di Sistema Portuale del Mar Tirreno Centrale;

VISTO 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;

VISTA la delibera presidenziale AdSP n. 73/17 del 27/02/2017 con la quale si autorizzano i dirigenti dell'Amministrazione all'assunzione di impegni di spesa nei limiti dell'importo di € 10.000,00 e all'adozione di tutti gli atti presupposti e conseguenti;

VISTA la delibera presidenziale n. 458 del 16/11/2004 con la quale viene nominato Dirigente dell'Area Affari Giuridici e Contrattuali;

VISTO il ricorso proposto innanzi al Consiglio di Stato di Roma - notificato dalla Società CAFE' House S.r.l. in data 27 febbraio 2017 e acquisito al protocollo generale di questa AdSP in pari data con numero progressivo 1286 avverso e per l'annullamento della sentenza del Tar Napoli n. 4045/2016 con cui è stato rigettato: a) il ricorso proposto dalla Cafè House per l'accertamento dell'obbligo a provvedere dell'Autorità Portuale di Napoli in ordina all'istanza del 7.10.2010 presentata dalla predetta società ai

fini del rilascio del titolo autorizzatorio per l'esercizio dell'attività di somministrazione di alimenti e bevande; b) la domanda di risarcimento del danno per l'illegittimità dell'inerzia dell'amministrazione resistente, proposta ai sensi dell'art. 17 comma 6 del D.lgs. 104/2010;

ACQUISITA la volontà del Presidente dell'AdSP del Mar Tirreno Centrale di costituirsi in giudizio e resistere in nome e per conto dell'Ente nella controversia di cui all'oggetto;

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 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 e, in presenza di specifica autorizzazione della Presidenza del Consiglio dei Ministri, 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 scelta intuitu personae del difensore esterno ...” (cfr., ex plurimis, T.A.R. Campania/Salerno, sentenza n. 1197 del 28.5.2015);

CONSIDERATO che anche la Corte dei Conti – sezione Regionale di Controllo per l’Umbria, nella deliberazione n. 137/2013/PAR ha testualmente affermato che: “.... 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, della non predeterminabilità degli aspetti temporali, economici e sostanziali della prestazione e della 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, sez. VI, n. 5448 del 23.12.2016 laddove si afferma che “... è legittimo il ricorso da parte dell’istituto (Inps, ndr.) ad avvocati esterni, atteso che le norme in materia non pongono divieti espressi di conferire incarichi difensivi a soggetti esterni all’ufficio di avvocatura costituito dall’Ente: sussiste un potere amministrativo discrezionale che deve esercitarsi in conformità al principio di ragionevolezza ed economicità dell’azione amministrativa ...”;

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 ... in osservanza a quanto previsto, in via generale, dall'art. 7 comma 6 del D. Lgs n. 165/2001 ...".

CONSIDERATO quanto asserito dalla Corte dei Conti Lombardia, deliberazione n. 178 del 15 maggio 2014: *"... La demarcazione tra l'affidamento di un appalto di servizi e l'affidamento di un incarico professionale-contratto d'opera/contratto di lavoro autonomo ha fondamentale rilevanza, in quanto, a sua volta, determina la disciplina da applicare in occasione dei relativi affidamenti: quella disposta dal decreto legislativo n. 163/2006 per gli appalti pubblici, le norme di cui agli artt. 2222 e seguenti del c.c. per il contratto d'opera ... La Corte, con riferimento all'affidamento dei servizi legali da parte di un Ente Locale, distingue il conferimento di un singolo e ben specificato incarico da un servizio organizzato e strutturato: è prestazione d'opera professionale l'attività del professionista nella difesa e nella rappresentanza dell'ente mentre costituisce appalto di servizi legali quando l'oggetto del servizio non si esaurisca nel patrocinio legale a favore dell'Ente, ma si configuri quale 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 esaurisce prestazione d'opera professionale ..."; "... Per quanto riguarda le modalità di affidamento, l'attività di selezione del difensore dell'ente pubblico, pur non soggiacendo all'obbligo di espletamento di una procedura comparativa di stampo concorsuale, è soggetta ai principi generali dell'azione amministrativa di adeguata motivazione onde rendere possibile la decifrazione della congruità della scelta fiduciaria posta in atto rispetto al bisogno di difesa da appagare ...".*

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 bis 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 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 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;

VALUTATE, pertanto, le ragioni di necessità che impongono l’affidamento della presente attività di patrocinio all’esterno per: **a)** l’obbligo di resistere in giudizio; **b)** l’oggettiva impossibilità per l’Ufficio Legale di patrocinare la presente controversia, a causa dell’ingente carico di lavoro assegnato, in sede consultiva e giurisdizionale, e della consistente riduzione di personale;

CONSIDERATO che l’art. 23 della legge n. 247 del 31.12.2012 (Nuova disciplina dell’ordinamento della professione 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;

CONSIDERATA la tendenza giurisprudenziale che, pur riconoscendo all’organo di vertice il potere di rappresentanza (nonché il potere in generale di decidere se resistere o ricorrere in giudizio), demanda al dirigente preposto al settore legale la scelta se avvalersi o meno di professionalità esterne, previe le necessarie verifiche del caso, 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 e Cons. Stato, sez. V, 23 dicembre 2013, n. 6198).

DATO ATTO che il Dirigente dell'Ufficio Legale, avvocato cassazionista iscritto nell'elenco speciale annesso all'Albo professionale, ritiene che l'incarico di rappresentare e difendere l'Autorità Portuale di Napoli nel presente giudizio possa essere affidato all'Avv. Angelo Beatrice, inserito nella "short list" aperta dell'Ente;

PRESO ATTO che il compenso professionale dell'avv. Beatrice per il citato procedimento viene fissato in euro 7.700,00, oltre rimborso forfettario, spese di domiciliazione, CPA ed IVA, in relazione ai minimi tariffari dello scaglione di riferimento di cui ai parametri del D.M. 55/2014 e s.m.i;

VISTA la Convenzione disciplinare di incarico che, sottoscritta dall'avvocato incaricato, costituisce presupposto di efficacia della presente deliberazione;

VISTO il certificato di disponibilità dei fondi necessari alla copertura della spesa totale pari ad € 7.700,00 a valere sul capitolo numero 27 in conto competenza dell'esercizio finanziario 2017 emesso dall'ufficio ragioneria, che costituisce parte integrante della presente deliberazione;

CONSIDERATA la regolarità tecnica ed amministrativa della presente determina dirigenziale ex artt. 4, 5 e 6 L. 241/90;

D E T E R M I N A

- 1)** di dare atto che il Presidente dell'AdSP del Mar Tirreno Centrale è legittimato a costituirsi in giudizio e resistere in nome e per conto dell'Ente al ricorso in appello in oggetto, proposto innanzi al Consiglio di Stato dalla Società CAFE' House S.r.l., in data 27 febbraio 2017 e acquisito al protocollo generale di questa AdSP in pari data con numero progressivo 1286;
- 2)** di affidare il relativo incarico, ad ogni effetto di legge, all'avv. Angelo Beatrice, con studio in Napoli alla Via Giuseppe Verdi n. 18, al quale verrà rilasciato apposita procura non appena sottoscritta la Convenzione;
- 3)** di impegnare l'importo di € 7.700, quale spesa preventivata per oneri legali, che graverà sul capitolo 27 del bilancio del corrente esercizio finanziario, che ne presenta la disponibilità;
- 4)** Di dichiarare la presente determinazione 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;
- 5)** Di trasmettere la presente determina al Dirigente dell'Area Affari Giuridici e Contrattuali e dell'Area Amministrativo Contabile per i consequenziali adempimenti e via mail al R.P.C.T. e al dr. D.T. Sara affinché ne curi la pubblicazione sul sito

AUTORITÀ di SISTEMA PORTUALE del MAR TIRRENO CENTRALE

Porti di Napoli, Salerno e Castellammare di Stabia

istituzionale dell' AdSP del Mar Tirreno Centrale, sezione Amministrazione trasparente, cartella Provvedimenti, sottocartella Provvedimenti Dirigenti Amministrativi, Determine Anno 2017.

Napoli, 09.03.2017

=====

Ufficio Legale

**IL DIRIGENTE DELL'AREA AAGGCC -
UFFICIO LEGALE
Avv. Antonio del Mese**

Si notifica all'Area Aff. GG. e CC.- Uff. Legale _____ Area Amm.vo Contabile-RAG _____ AI _____
AT _____ **via mail:** R.P.C.T. _____ dr. D.T. Sara _____.

Napoli, _____