



Originale di Determinazione

N. 383 data 02/04/2021

Reg. SETT-GESRIS
2021/43
Classifica IV

Oggetto: AFFIDAMENTO INCARICO DI ASSISTENZA
LEGALE NELLA FASE GIUDIZIALE IN
RIFERIMENTO ALL'OPERAZIONE IN
DERIVATI IN ESSERE

Richiamate:

- la deliberazione di C.C. n. 13 del 19/03/2021 di Approvazione della “Nota di Aggiornamento al Documento Unico di Programmazione 2021/2023, Schema di Bilancio di Previsione Finanziario 2021/2023 e relativi allegati”;
- la deliberazione di G.C. n. 45 del 24/03/2021 con la quale si è disposto di proseguire l’attività di tutela ed in particolare avviare la causa civile di primo grado avverso Unicredit S.p.A. avanti al competente Ufficio giudiziario, al fine di difendere gli interessi del Comune di San Benedetto del Tronto;

Rilevato che nella deliberazione di Giunta comunale sopra citata si è conferito allo scrivente dirigente espresso mandato a porre in essere l’attivazione di tutte le procedure necessarie per l’affidamento dell’incarico di assistenza legale nella fase giudiziale;

Premesso che

- il Comune ha posto in essere operazioni in strumenti finanziari derivati sottoscritti con l’istituto di credito Unicredit S.p.A.;

- da verifiche commissionate dall’Ente a professionisti specializzati in materia sono emerse criticità relative alle predette operazioni ed, effettuati gli approfondimenti del caso, è stato conferito con determinazione dirigenziale n. 561 del 04/06/2020 apposito incarico all’Avv.to Luca Zamagni - con studio professionale a Rimini in Via Ortaggi n.2 e in possesso delle necessarie, specifiche competenze - volto alla tutela delle ragioni del Comune in sede stragiudiziale;

- le iniziative intraprese in sede stragiudiziale non hanno sortito effetti, in quanto le offerte transattive informalmente comunicate da Unicredit per un importo pari a circa 1.000.000,00 di Euro successivamente incrementata, a margine della procedura di mediazione, di Euro 500.000,00 per un totale di 1.500.000,00, sono state qualificate, su parere del legale, di indubbia profittabilità per l’Ente in quanto esse non raggiungerebbe nemmeno il 50% della sommatoria MTM + saldo flussi, alla luce del fatto che l’operatività riferita all’IRS Collar di cui trattasi ha sortito un saldo dei flussi differenziali negativo per il Comune nell’ordine di circa 3,5 milioni di Euro ;

- ciò, a maggior ragione, alla luce dello scenario giurisprudenziale arricchitosi con la sentenza n. 8770 della Suprema Corte di Cassazione, resa a Sezioni Unite e pubblicata il 12/05/2020 (relativa ad un caso di negoziazione di IRS tra un Comune, assistita proprio dall’Avv. Zamagni, ed una banca). In particolare, la sentenza si è soffermata sul seguente aspetto: ***gli Enti potevano stipulare contratti derivati di copertura (non speculativi) solo in presenza di una precisa misurabilità/determinazione dell’oggetto contrattuale, comprensiva sia del mark to market, cd. “Costi Occulti”, sia degli scenari probabilistici, allo scopo di rendere consapevole l’Ente di ogni aspetto di aleatorietà del rapporto.***

In riferimento al derivato del Comune di San Benedetto del Tronto, dai documenti a disposizione non risulterebbe evidenza del fatto che la Banca, alla data di negoziazione dei derivati, abbia rappresentato al Comune il *mark to market* iniziale (ovvero il “Costo Occulto”), e che tale comunicazione fosse accompagnata da scenari probabilistici;

- per tali ragioni l’Avvocato ritiene che la prognosi dell’esito di un eventuale radicando civile possa reputarsi ragionevolmente positiva per l’Ente;

- nel caso di specie è già stato espletato il procedimento di mediazione di cui al D.Lgs. n. 28/2010, costituendo esso condizione di procedibilità della stessa azione giudiziaria , con esito negativo;

- è dunque intenzione del Comune, preso atto della suddetta indisponibilità di Unicredit S.p.A., radicare un contenzioso giudiziario contro la suddetta banca;

Valutata quindi, opportuna, per tutto quanto sopra esposto, la prosecuzione delle attività di tutela ed in particolare l’avvio della causa civile di primo grado (ricomprendente tutti gli occorrendi gradi di

giudizio) avverso Unicredit S.p.a. avanti al competente Ufficio giudiziario, al fine di difendere gli interessi del Comune di San Benedetto del Tronto;

RITENUTO pertanto di dover procedere al conferimento di apposito mandato per la rappresentanza in giudizio del Comune, al fine di garantire un'adeguata ed efficace difesa degli interessi dell'Ente;

VALUTATO che la particolare complessità della procedura, la quale richiede conoscenze legali di natura specialistica e procedurale che travalicano quelle riconducibili alle normali competenze riferite al personale dipendente, ed il considerevole valore economico della controversia giudiziaria rendano consigliabile il ricorso al medesimo difensore cui è stata affidata l'attività di assistenza stragiudiziale in riferimento all'operazione in derivati ancora in essere;

CONSIDERATO inoltre che, nel caso specifico, il suddetto difensore ha dettagliata ed approfondita conoscenza della controversia in atto, dei fatti che l'hanno originata e delle argomentazioni poste a fondamento della volontà di avviare la causa civile avanti alla competente autorità giudiziaria e che, di conseguenza, il rinnovo dell'incarico risulta conforme ai canoni di buona amministrazione e risponde ai principi di efficacia ed efficienza cui deve rivolgersi l'azione amministrativa;

RILEVATO che, l'Avvocato Luca Zamagni, in collaborazione con l'Avv. Matteo Acciari, appartenenti al network legale Axiis, si sono dichiarati disponibili ad accettare l'incarico professionale di patrocinio e difesa del Comune stesso nella controversia giudiziaria avverso Unicredit S.p.A dietro un corrispettivo che si articola in una componente fissa ed una componente eventuale ossia dovuta soltanto in caso di esito fruttuoso della vertenza (accordo transattivo in corso di causa oppure sentenza positiva di primo grado, salvo quanto previsto nell'art. 1 per gli eventuali gradi successivi), come si evince più dettagliatamente da disciplinare di incarico allegato al presente atto e di cui costituisce parte integrante e sostanziale;

PRESO ATTO CHE:

- la componente fissa è quantificata, secondo i valori minimi della tariffa giudiziale civile di cui al D.M. n. 565/2014 e s.m. per lo scaglione di valore della controversia, per un totale massimo di € 52.830,36 complessivi lordi (comprensivi di spese generali, CAP e Iva) ed è sintetizzabile come segue:

Fase	Componente fissa
Fase di studio della controversia	€ 4.820,00
Fase introduttiva del giudizio	€ 3,181,00
Fase istruttoria e/o di trattazione	€ 19.823,00
Fase decisionale	€ 8.383,00
<i>Compenso in ipotesi di svolgimento intero grado:</i>	<i>€ 36.207,00</i>

La componente fissa del compenso è dovuta per l'importo corrispondente alla singola fase del grado di giudizio, in ragione dell'effettivo avvio della fase medesima. Pertanto, laddove una fase tra quelle sopra indicate non fosse avviata (ovvero laddove la causa fosse definita transattivamente senza lo svolgimento di una o più fasi o antecedentemente all'avvio di una o più fasi), la voce di compenso relativa alla fase non avviata non sarà dovuta. In caso di soccombenza giudiziale dell'Ente, quest'ultimo non sarà tenuto al pagamento ai legali di alcuna somma aggiuntiva rispetto alla componente fissa del compenso;

- in caso di transazione con la controparte che intervenisse in corso di causa, ponendo così fine alla lite giudiziale, all'Avvocato spetterebbe in aggiunta rispetto alla componente fissa un saldo pari alla differenza positiva esistente tra le somme dovute per tutte le fasi giudiziali espletate e avviate ricalcolate al valore tabellare medio di cui al D.M. n. 55/2014 e s.m. e le somme previste a titolo di componente fissa come sopra quantificate, con l'aggiunta di un importo quantificato ex art. 4 comma 6 D.M. n. 55/2014 (i.e. compenso previsto per la relativa fase decisionale aumentato di ¼).

- in caso di emissione di una sentenza di primo grado di accoglimento di una o più domande avanzate in giudizio dal Comune, all'Avvocato spetterebbe in aggiunta rispetto alla componente fissa un saldo pari alla differenza positiva esistente tra le somme dovute per tutte le fasi giudiziali espletate ricalcolate al valore tabellare medio di cui al D.M. n. 55/2014 e s.m. maggiorato del 25% e le somme previste a titolo di componente fissa come sopra quantificate;

- la maturazione e il conseguente pagamento degli importi di cui alle componenti fisse del compenso avverrà all'effettivo avvio di ciascuna delle distinte fasi del giudizio di primo grado, come indicate dal D.M. n. 55/2014 e s.m. (cfr. le tabelle di cui all'art. 2 che precede) e ad essa seguirà emissione di apposita nota pro forma e/o fattura elettronica da parte dei legali che il Comune salderà entro 30 (trenta) giorni dall'invio. La maturazione e il conseguente pagamento degli importi di cui alla componente eventuale avverrà decorsi 30 (trenta) giorni dalla data di stipulazione della transazione oppure, in caso di emissione di sentenza di primo grado, decorsi 30 giorni dalla data di pubblicazione della sentenza.

Considerato congruo il corrispettivo richiesto anche in riferimento ai principi dell'equo compenso;

Accertato che la spesa derivante dalla componente fissa del compenso, pari a circa € 52.831,00 (36.207,00 + spese generali, CPA ed IVA), trova adeguata copertura finanziaria nel bilancio di previsione 2021/2023 al capitolo 103.13.280 "*Altre prestazioni di servizi Servizio Bilancio*" nel seguente modo:

- € 11.675,00 annualità 2021;
- € 28.924,00 annualità 2022;
- € 12.232,00 annualità 2023;

DATO atto, altresì, che la spesa derivante dalla eventuale componente variabile del compenso dovuto al legale, in caso di transazione in corso di causa o in caso di sentenza favorevole al Comune, essendo comunque agganciata ai parametri tariffari di cui al DM 55/2012 è facilmente quantificabile e ascrivibile nei bilanci a venire al verificarsi di tali eventi;

Visto il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, ed in particolare il comma 2 dell'art. 32, il quale prevede che, prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le stazioni appaltanti, in conformità ai propri ordinamenti, decretino o determinino di contrarre, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte;

Richiamato l'art. 17 del D.Lgs. 50/2016 secondo il quale "*Le disposizioni del presente codice non si applicano agli appalti e alle concessioni di servizi: (...) 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;*

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), 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;*

Preso atto che ai sensi della predetta disposizione normativa vengono qualificati inequivocabilmente come "*appalti di servizi*" la rappresentanza legale di un cliente da parte di un avvocato sia in un arbitrato o conciliazione, sia nei tradizionali procedimenti giudiziari innanzi alle giurisdizioni nazionali ed internazionali e le propedeutiche ed afferenti consulenze;

Ribadito che si rende ora opportuno procedere all'affidamento diretto del servizio di assistenza legale dell'Ente nella causa civile (ricomprensente tutti gli occorrendi gradi di giudizio) avanti alla competente autorità giudiziaria al fine di garantire gli interessi di questo ente comunale;

Verificato e dato atto della assoluta assenza di conflitto di interessi sia in capo allo scrivente che al RUP, sia in capo ai legali incaricati;

Considerato che:

- l'oggetto del presente affidamento non ricade tra le categorie merceologiche per le quali viceversa gli enti locali sono obbligati ad utilizzare le convenzioni CONSIP, o degli altri soggetti aggregatori (art. 1, comma 7, del d.l. 95/2012, art. 9, comma 3, del d.l. 66/2014, come individuate dai d.P.C.M. del 2016 e del 2018);
- inoltre vi è obbligo di ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione ovvero ad altri mercati elettronici ai sensi dell'articolo 1, comma 450, della legge 296/2006 come modificato da ultimo dalla legge 145/2018 dato che il presente affidamento è superiore ad € 5.000,00 (Iniziativa "Servizi professionali, legali e normativi");31/
- in considerazione dell'importo inferiore a 75.000,00 euro, si procederà a perfezionare l'acquisizione mediante affidamento diretto ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. a) del d.l. 76/2020 convertito nella legge 120/2020, nelle forme della trattativa diretta con unico operatore;

Dato atto che:

- per la spesa in oggetto non risulta necessaria l'acquisizione del CUP trattandosi di attività di acquisizione di un servizio non connesso ad un progetto di investimento pubblico e non supportato da finanziamenti comunitari;
- è stato acquisito lo SMART CIG **Z77313720E** tramite il sistema SIMOG presso l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici ai fini sia della tranciabilità di cui alla legge 136/2010 che ai fini del monitoraggio dei contratti pubblici;
- per la natura delle prestazioni oggetto del presente affidamento non si evidenziano rischi di interferenze;

Ritenuto che l'istruttoria preordinata all'emanazione del presente atto consente di attestare la regolarità e la correttezza del presente atto ai sensi e per gli effetti di quanto disposto dall'art. 147- bis del D. Lgs. 267/2000;

Atteso il rispetto delle prescrizioni contenute nel documento di conformità, come adottato dal Segretario Comunale con proprio atto n° 852 del 3 luglio 2019 e comunicato agli uffici con nota circolare protocollo n° 44729 del 5 luglio 2019;

Visto l'art. 107 del Decreto Legislativo 18.08.2000 n. 267, il quale stabilisce che la gestione amministrativa, finanziaria e tecnica è attribuita ai Dirigenti mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo;

Specificato che ai sensi del combinato disposto dell'art. 31 del d.lgs. 50/2016 e dell'art. 5 della L. 241/90 si individua quale Responsabile Unico del Procedimento la dr.ssa Rossella Palestini;

Rilevato il pieno rispetto, in fase istruttoria e di predisposizione degli atti, delle norme di cui agli artt. n. 2, co. 3 (estensione del Codice di comportamento), e n. 15, co. 2 e 8, del Codice di comportamento dei dipendenti pubblici adottato da questo Ente comunale e, in particolare, che non esiste, anche ai sensi dell'art. 42 del D. lgs. 50/2016, conflitto di interesse in capo al firmatario del presente atto e al RUP e in relazione al destinatario finale dello stesso;

Visti:

- il Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n 50, e ss.mm.ii., recante il "Codice dei Contratti Pubblici" (di seguito, "Codice"), pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 91, Supplemento ordinario n. 10/L, in data 19 aprile 2016; ;
- l'articolo 3 della legge 136/2010, in tema di tranciabilità di flussi finanziari;
- l'art. 192 del D.Lgs. 267/2000;

Visti altresì:

- lo Statuto Comunale in particolare l'art. 42 sulle funzioni dei dirigenti/responsabili di servizio;
- il vigente Regolamento comunale per la disciplina dei contratti;

DETERMINA

- 1) di approvare la procedura di affidamento descritta in premessa, dando atto che:
 - a) il fine che il contratto intende perseguire è quello di assicurare all'ente comunale assistenza giudiziale in riferimento all'operazione in derivati in essere;
 - b) l'oggetto del contratto è l'affidamento dell'assistenza giudiziale nella controversia tra il Comune di San Benedetto del Tronto e Unicredit S.P.A.;
 - c) il contratto verrà concluso nelle forme del Mepa tramite trattativa diretta con unico operatore;
 - d) l'affidatario è soggetto all'obbligo di tranciabilità dei flussi finanziari, ai sensi e per gli effetti della legge n° 136/2010 ed è pertanto tenuto a fornire a questo Ente tutti gli elementi identificativi richiesti dalla legge, con la specificazione che il mancato adempimento degli obblighi di tranciabilità dei flussi finanziari di cui alla citata legge è causa di risoluzione immediata del contratto;
 - e) termine per la conclusione del servizio: indicativamente 31/12/2023;
 - f) termini di pagamento: per la parte fissa 30 giorni dalla ricezione di apposita nota pro forma e/o fattura elettronica da parte dei legali che avverrà all'effettivo avvio di ciascuna delle distinte fasi del giudizio di primo grado; la maturazione e il conseguente pagamento degli importi di cui alla componente eventuale avverrà decorsi 30 (trenta) giorni dalla data di stipulazione della transazione oppure, in caso di emissione di sentenza di primo grado, decorsi 30 giorni dalla data di pubblicazione della sentenza;
 - g) la modalità di scelta del contraente è quella dell'affidamento diretto in quanto l'importo della prestazione rientra nei limiti stabiliti dall'art. 1, comma 2, lett. a) del D.L. 76/2020 convertito nella Legge 120/2020;

- 2) di affidare pertanto, per le ragioni indicate in premessa che qui si intendono integralmente richiamate, ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. a) del D.L. 76/2020 convertito nella Legge 120/2020, agli Avvocati Luca Zamagni e Matteo Acciari, appartenenti al network legale Axiis, con studio professionale a Rimini in Via Ortaggi n. 2, in possesso delle necessarie competenze specifiche, l'attività di assistenza legale nella fase giudiziale ed in particolare l'avvio della causa civile di primo grado (ricomprensente tutti gli occorrendi gradi di giudizio) avverso Unicredit S.p.a. avanti al competente Ufficio giudiziario, al fine di difendere gli interessi del Comune di San Benedetto del Tronto, dietro un compenso fisso massimo, come sopra quantificato di € 52.831,00, comprensivo di spese generali, Cassa Previdenza Avvocati e Iva, oltre ad una parte eventuale e variabile in caso di transazione in corso di causa o in caso di sentenza favorevole al Comune;

- 3) di approvare lo schema di disciplinare di incarico allegato al presente atto di cui costituisce parte integrante e sostanziale;

- 4) di impegnare la spesa massima prevista complessiva pari ad € 52.831,00 (36.207,00 + spese generali, CPA ed IVA), relativa alla componente fissa del compenso spettante ai legali, come sopra quantificata, sul capitolo 103.13.280 "*Altre prestazioni di servizi Servizio Bilancio*" del bilancio di previsione 2021/2023, che presenta adeguata disponibilità, nel seguente modo:
 - € 11.675,00 annualità 2021;
 - € 28.924,00 annualità 2022;
 - € 12.232,00 annualità 2023;

- 5) di dare atto che la spesa derivante dalla eventuale componente variabile del compenso dovuto ai legali, in caso di transazione in corso di causa o in caso di sentenza favorevole al Comune, essendo comunque agganciata ai parametri tariffari di cui al DM 55/2012 è facilmente quantificabile e ascrivibile nei bilanci a venire al verificarsi di tali eventi;

6) di dare atto che il contratto, essendo di importo superiore ad 5.000,00 euro, si concluderà nelle forme proprie del Mepa tramite trattativa privata con unico operatore;

7) di dare atto ai sensi dell'art. 183 comma 8 del D. Lgs. n° 267/2000:

- che l'obbligazione giuridica derivante dalla presente determinazione diverrà esigibile negli esercizi finanziari 2021-2022-2023 e che le liquidazioni conseguenti saranno disposte indicativamente entro i rispettivi anni;

- gli impegni di spesa e i termini di liquidazione sopra indicati risultano compatibili con i relativi stanziamenti di bilancio di competenza e di cassa e con le regole di finanza pubblica;

8) di individuare, ai sensi dell'art. 5 della legge n. 241/1990 e dell'art. 31 comma 1 del Codice dei contratti approvato con D. Lgs. 50/2016, la dr.ssa Rossella Palestini quale Responsabile Unico del Procedimento (RUP) della presente procedura;

9) di dare atto di quanto segue in ottemperanza agli obblighi in materia di tracciabilità dei pagamenti, di regolarità contributiva e di adempimenti in materia di sicurezza dei lavoratori:

-DURC: agli atti risulta acquisita autocertificazione di regolarità contributiva del contraente;

-TRACCIABILITA': preliminarmente alla liquidazione saranno acquisite le dichiarazioni e le comunicazioni inerenti la tracciabilità dei flussi finanziari ex art. 3 comma 7 L. 136/2010 del contraente;

-CIG: alla presente procedura è stato attribuito il seguente codice **CIG**: piattaforma: SMART CIG: **Z77313720E**;

Z77313720E;

-DUVRI- per l'acquisizione del servizio di cui trattasi non risulta necessario redigere il documento unico di valutazione dei rischi da interferenze;

10) di dare atto, altresì, che a seguito di opportuna verifica esperita ai sensi del combinato disposto dell'art. 6 bis della legge 241/90 come introdotto dalla L. n. 190/2012 e dall'art. 6 del D.P.R. n. 62/2013, non è emersa la sussistenza, in relazione al presente atto, di situazioni di conflitto di interessi, anche potenziali, con interessi personali dello scrivente – e del coniuge, conviventi, parenti e affini entro il secondo grado- né con interessi propri del responsabile del procedimento, così come sopra individuato;

11) di attestare la regolarità e la correttezza del presente atto ai sensi e per gli effetti di quanto dispone l'art. 147-bis del D. Lgs. N° 267/2000;

12) di dare atto che la presente determinazione diverrà esecutiva con l'approvazione del visto di regolarità contabile attestante la copertura finanziaria da parte del Responsabile del Servizio finanziario;

13) di dare atto altresì che il presente provvedimento è accessibile dall'home page del sito internet del Comune di San Benedetto del Tronto, alla sezione “ *Atti amministrativi* ” e “ *Albo pretorio on.line* ”, e sarà altresì pubblicato ai sensi dell'art. 37 del D. Lgs. n° 33/2013 nella sezione “ *Bandi di gara e contratti* ”;

14) di precisare infine che, avverso il presente provvedimento è ammesso ricorso esclusivamente al competente Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche entro 30 giorni dall'esecutività dell'atto.

Il Responsabile del Procedimento
PALESTINI ROSSELLA¹

II DIRIGENTE
ex Decreto Sindacale 3/2017
GESTIONE DELLE RISORSE ECONOMICHE E
FINANZIARIE
dott. Antonio Rosati²

¹ Firma autografa sostituita dall'indicazione a stampa ai sensi dell'art. 3, co. 2, del D.lgs. 39/93

² Documento informatico firmato digitalmente, ai sensi del D.lgs. n.82/2005, il quale sostituisce il documento cartaceo e la firma autografa

CERTIFICATO DI PUBBLICAZIONE

La presente Determina è pubblicata all'Albo Pretorio in data 02/04/2021 n° 827 del Registro di Pubblicazione.



L'Incaricato di Segreteria Generale
per la pubblicazione
BASILI FABRIZIA²

La presente determina è stata pubblicata all'Albo Pretorio dal 02/04/2021 al 16/04/2021.



L'Incaricato di Segreteria Generale
per la pubblicazione
BASILI FABRIZIA²

² Documento informatico firmato digitalmente, ai sensi del D.lgs. n.82/2005, il quale sostituisce il documento cartaceo e la firma autografa
