

LEAP

NEWSLETTER

NEWSLETTER DELL'11 FEBBRAIO 2021

GIURISPRUDENZA	3
Contratti Pubblici e Diritto Amministrativo	3
Consiglio di Stato, sez. V, 2 febbraio 2021, n. 964	3
Antitrust & Regulatory	6
Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Provvedimento n. 28495 del 22 dicembre 2020	6
Diritto Civile e Processuale Civile	
Corte di Cassazione, Sez. Lavoro, Ordinanza 26 ottobre 2020, n. 23429	7
NOVITÀ NORMATIVE	13
Decreto Ministero della Giustizia 27 gennaio 2021	13

Consiglio di Stato, sez. V, 2 febbraio 2021, n. 964

Massima

Il consorzio stabile ha natura di operatore economico unitario anche nel caso in cui partecipi ad una gara suddivisa in lotti con imprese esecutrici diverse, a prescindere dalla qualificazione della gara suddivisa in lotti quale gara unica o come più gare per quante sono i lotti. Ne deriva che o esso è ammesso alla procedura di gara nella sua interezza, in quanto tutte le consorziate esecutrici posseggono i requisiti di partecipazione richiesti, o non lo è.

Caso di specie

Veniva indetta una gara per la conclusione di un accordo quadro di servizi il cui disciplinare richiedeva ai consorzi stabili la presentazione di un'unica richiesta di offerta (R.d.o.) con indicazione generica delle imprese esecutrici, come pure di un unico D.G.U.E. nel quale ripetere tale designazione, a prescindere dalla volontà di partecipare a più lotti; le singole consorziate poi erano tenute a specificare, nei rispettivi documenti di gara, il lotto per il quale concorrevano. Il consorzio appellante presentava distinte R.d.o. per i singoli lotti; tuttavia, dopo essersi visto aggiudicare la procedura con riguardo a due lotti, veniva escluso per la sussistenza di motivi di esclusione attinenti a gravi violazioni tributarie rilevate in capo a due delle consorziate esecutrici indicate.

Con ricorso al Tar, il consorzio impugnava il provvedimento di annullamento in autotutela sulla base di due motivi:

- erronea applicazione delle disposizioni in tema di partecipazione dei consorzi stabili alle gare,

in quanto la verifica sul possesso dei requisiti generali andrebbe svolta con esclusivo riferimento alle imprese designate per l'esecuzione e per i singoli lotti in cui è suddivisa la gara;

- per la mancata attivazione del soccorso istruttorio al fine di prendere conoscenza delle imprese effettivamente designate per l'esecuzione di ciascun lotto.

A seguito del mancato accoglimento del ricorso da parte del Tar adito, il consorzio in parola proponeva appello innanzi al Consiglio di Stato, reiterando le proprie doglianze sull'illegittimità dell'esclusione da entrambi i lotti e ciò in quanto, come emergeva dalla lettura dei documenti di gara, le consorziate interessate dalle irregolarità tributarie erano state indicate come esecutrici in uno solo dei due lotti cui il medesimo consorzio stabile concorreva. Da cui l'erroneità dell'esclusione anche dal secondo lotto.

Motivi della decisione

Nel rigettare il ricorso in appello, il Consiglio di Stato si è espresso sulla legittimità della decisione della stazione appaltante di disporre l'esclusione del consorzio dall'intera procedura per l'accertata carenza dei requisiti generali di partecipazione relativamente ad imprese indicate come esecutrici di un singolo lotto.

Nel richiamare la giurisprudenza sul punto, il Consiglio di Stato ha in particolare statuito che *"il consorzio stabile è un soggetto giuridico autonomo, costituito in forma collettiva e con causa mutualistica, che opera in base a uno stabile rapporto organico con le imprese associate, il quale si può giovare, senza necessità di ricorrere all'avvalimento, dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria delle consorziate stesse, secondo il criterio del 'cumulo alla rinfusa'"*.

È proprio l'unitaria situazione del consorzio stabile in sede di gara, e quindi il suo presentarsi quale operatore economico unitario, a giustificare l'esclusione dello stesso dalla gara, per la mancanza dei requisiti generali di partecipazione in capo alle sue consorziate esecutrici. Difatti, è il consorzio in esame che domanda di essere ammesso alla procedura, che stipula in nome proprio il contratto con l'amministrazione e risponde dell'esecuzione delle prestazioni *"(...) anche quando per la loro esecuzione si avvale delle imprese consorziate"*.

Detto altrimenti, se i requisiti generali di partecipazione devono essere posseduti da tutte le consorziate indicate per l'esecuzione al fine di impedire che queste possano giovare della copertura dell'ente consortile ed eludere così i controlli demandati alle stazioni appaltanti, se ne deve dedurre che *"(...) la carenza dei requisiti generali in capo ad una delle consorziate comporta l'esclusione del consorzio intero dall'intera procedura di gara"*, e ciò prescindendo dalla qualificazione della gara suddivisa in lotti quale 'gara unica' o meno.

In caso contrario, *"(...) si verificherebbe uno sdoppiamento all'interno della medesima gara dello stesso consorzio"*, il quale cesserebbe di essere un soggetto unitario per divenire moltiplicabile in ragione delle consorziate indicate per l'esecuzione. Tale eventualità si porrebbe in contrasto con il principio dettato dall'art. 47, comma 7, del d.lgs. 18 aprile 2016, n.50 e s.m.i., che vieta alle consorziate indicate per l'esecuzione di partecipare in maniera autonoma alla stessa procedura di gara e che, quindi, impone agli operatori economici di partecipare ad una procedura di gara in un'unica forma.

Inoltre, in tal modo il consorzio si avvantaggerebbe di tale sua peculiare composizione *"(...) per eludere la regola generale che impone il possesso dei requisiti generali sin dal momento di presentazione della domanda di partecipazione da parte di tutte le imprese con le quali l'amministrazione viene in rapporto"*, violando altresì il principio della *par condicio*.

Con riguardo al quarto motivo di appello - volto a far valere la possibilità da accordarsi al consorzio stabile di partecipare comunque, in forma ridotta, a seguito dell'esclusione delle due imprese consorziate indicate come esecutrici per carenza dei requisiti, possedendo il consorzio, anche in proprio e sin dalla partecipazione, tutti i requisiti richiesti dalla *lex specialis* di gara - esso deve considerarsi inammissibile, poiché formulato per la prima volta nel presente giudizio di appello.

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – provvedimento n. 28495 del 22 dicembre 2020

Massima

I comportamenti messi in atto dal principale *player* del settore costituiscono un'unica e complessa strategia escludente nel mercato della vendita di biglietti per eventi live di musica leggera, che integra una fattispecie di abuso di posizione dominante contraria all'articolo 102 del TFUE, in quanto finalizzata ad ostacolare l'esplicarsi di una effettiva concorrenza nel suddetto mercato

Caso di specie

Con provvedimento del 20 settembre 2018, n. 27331, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito "AGCM" o "Autorità") avviava il procedimento A523 recante "condotte escludenti nella prevendita di biglietti" nei confronti della principale piattaforma di servizi di *ticketing* per eventi di musica live. L'istruttoria veniva aperta in seguito alla stipula di contratti tra la predetta piattaforma e promoter italiani attivi nell'organizzazione di eventi musicali, in forza dei quali essa ha acquistato il diritto di distribuire in via esclusiva una quota rilevante dei biglietti emessi da tali organizzatori, ottenendo in questo modo una protezione assoluta sul canale online.

Motivi della decisione

Secondo l'AGCM, la condotta della società ha effetti di natura escludente in quanto preclude di fatto agli operatori di *ticketing* concorrenti la possibilità di vendere, con qualsiasi modalità e tramite qualsiasi canale, una quota particolarmente elevata di biglietti per eventi *live* di musica leggera.

Pertanto, l'Autorità ha imposto all'impresa dominante di concedere ai concorrenti la possibilità di vendere a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie, almeno il 20% del totale dei

biglietti prodotti o distribuiti da ciascun *promoter*.

Tale pratica escludente si è tradotta poi in un pregiudizio diretto per i consumatori, stante la possibilità per l'impresa dominante - una volta eliminata la concorrenza - di praticare commissioni di vendita dei biglietti superiori a quelli dei concorrenti e di limitare le possibilità di scelta e di acquisto dei consumatori tra i diversi operatori di *ticketing*.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro, Ordinanza 26 ottobre 2020, n. 23429

Massima

Una consulenza tecnica viziata non può essere impugnata in sede di legittimità, ma solamente con revocazione ordinaria.

Caso di specie

Nell'ambito della vicenda sottoposta al vaglio degli Ermellini, il ricorrente ha sostenuto di aver prestato la sua opera ininterrottamente dal 1967 al 2002, spesso in orario notturno e a titolo di straordinario.

All'atto dello scioglimento del rapporto lavorativo, il datore aveva liquidato il TFR senza tenere conto delle maggiorazioni spettanti al dipendente in forza del lavoro notturno e straordinario, dal momento che queste non risultavano regolarmente documentate.

Per tale motivo il ricorrente aveva chiesto al Giudice un ricalcolo delle somme a lui dovute, includendo nel computo anche le prestazioni offerte in regime di lavoro notturno e straordinario non risultanti dalle buste paga.

Il Tribunale di Roma ha nominato un consulente tecnico d'ufficio per il calcolo delle maggiorazioni

richieste, il quale ha presentato due diversi calcoli.

Il primo liquida l'aumento di TFR spettante al ricorrente in Euro 14.412,24.

Questo conteggio è stato però disatteso dai Giudici di merito, perché il perito lo aveva ottenuto considerando tutte le ore di lavoro risultanti dalle buste paga come effettuate a titolo straordinario e notturno.

Il secondo calcolo, invece, vede applicate le maggiorazioni solamente in riferimento a quelle ore che risultassero dagli atti del giudizio come lavoro notturno o straordinario.

In questo caso, la somma dovuta era pari ad Euro 3.860,43.

Non essendovi la prova che tutte le prestazioni del lavoratore fossero state offerte in regime di straordinario e notturno, il Tribunale ha accolto la seconda relazione.

Il dipendente, quindi, ha deciso di ricorrere di fronte alla Cassazione lamentando la violazione dell'articolo 360, primo comma, n. 3 c.p.c., in quanto i giudici di secondo grado avrebbero falsamente applicato le disposizioni dell'articolo 2120 c.c.

La Suprema Corte, però, ha dichiarato con ordinanza l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso.

Motivi della decisione

Il primo motivo di inammissibilità riguarda il mancato rispetto dei requisiti di forma.

Infatti, la Suprema Corte ha rilevato che il ricorrente non ha riprodotto né il ricorso con cui aveva richiesto in primo grado le maggiorazioni di TFR né le consulenze tecniche che il Tribunale aveva utilizzato ai fini della decisione.

Risulta violato, quindi, il principio di autosufficienza del ricorso per Cassazione.

Come previsto dall'articolo 366, primo comma, n. 6, c.p.c., è necessario che nell'atto introduttivo vi sia *“la specifica indicazione degli atti processuali, dei documenti e dei contratti o accordi collettivi sui quali il ricorso si fonda”*.

La mancanza di questi requisiti determina automaticamente l'inammissibilità dell'impugnazione.

Sarebbe stato sufficiente questo argomento per motivare la decisione della Suprema Corte, la quale, infatti, è stata emessa in forma di ordinanza.

Tuttavia, gli Ermellini hanno deciso di affrontare anche l'aspetto sostanziale della questione.

L'unico motivo di impugnazione riguarda la violazione o falsa applicazione di una norma di diritto. Nello specifico, l'impugnante ritiene che il consulente tecnico d'ufficio abbia applicato in maniera erronea le formule aritmetiche previste dall'articolo 2120 c.c., norma che stabilisce le regole per il calcolo del TFR.

Secondo il ricorrente, le maggiorazioni così come calcolate dal consulente non solo non avrebbero tenuto conto delle ore di lavoro straordinario e notturno di cui non era stata fornita dimostrazione, ma addirittura avrebbero considerato queste ore di lavoro come mai avvenute. Quindi, il TFR sarebbe stato calcolato sulla base di un monte ore non rispondente a tutti i 35 anni di occupazione del lavoratore, ma solo a una parte di essi.

Addirittura, nel ricorso si legge che il consulente avrebbe individuato l'ammontare totale di ore di lavoro in via presuntiva.

La Cassazione ha ritenuto questa censura infondata per due ragioni.

In primo luogo, perché non vengono fornite le ragioni per cui i calcoli del consulente non risponderebbero a quanto previsto nell'articolo 2120 c.c.

La Corte ha osservato perciò che vi è piena affidabilità in quanto stabilito nella relazione peritale.

In secondo luogo, negli atti del processo non figuravano tutte le buste paga, quindi non era possibile stabilire quanti anni di servizio fossero stati prestati dal lavoratore e quali ore fossero state svolte in regime straordinario e notturno.

La controparte non ha contestato il numero di anni prestati alle proprie dipendenze, quindi per il principio di non contestazione il consulente ha calcolato il TFR come se il lavoratore avesse svolto le sue mansioni con continuità dal 1967 al 2002.

Vi è però stata opposizione in riferimento al regime di lavoro straordinario e notturno.

Il ricorrente non ha fornito alcuna dimostrazione di aver lavorato in maniera continuativa a tale regime, non avendo dedotto in giudizio tutte le buste paga accumulate negli anni.

Il consulente non ha avuto altra alternativa se non quella di calcolare il TFR sulla base di una prestazione erogata continuativamente per 35 anni, aggiungendo le maggiorazioni richieste solamente quando vi fossero le prove che il lavoro fosse stato prestato effettivamente in regime di straordinario o notturno.

Il calcolo, quindi, risulta corretto.

Di conseguenza, non può essere rilevata alcuna violazione dell'articolo 2120 c.c.

Infine, non è possibile parlare di valutazioni compiute in via presuntiva, perché di tutte le ore di lavoro straordinario e notturno considerate ai fini del calcolo del TFR è stata dedotta prova in giudizio.

Quindi, anche in riferimento a questo aspetto, il lavoro del consulente appare fondato su un attento vaglio degli atti del giudizio e non su calcoli inferenziali.

In sintesi, non sussiste alcun errore di diritto tale da legittimare il ricorso ai sensi dell'articolo 360, primo comma, n. 3, c.p.c.

La Cassazione ha altresì evidenziato come il ricorrente avrebbe potuto proporre l'impugnazione facendo leva sul numero 4 dell'articolo 360, primo comma, c.p.c., ossia lamentando la nullità della sentenza per difetto di motivazione.

Questa soluzione, però, avrebbe dovuto necessariamente fondarsi su un errore di calcolo compiuto dal consulente tecnico.

Tuttavia, il lavoratore ha *“espressamente escluso qualsiasi errore di calcolo”*, così da rendere impraticabile questa strada.

La Suprema Corte, inoltre, ha sancito l'impossibilità di un eventuale ricorso ai sensi del numero 5 dell'articolo 360 c.p.c., dal momento che non risulta l'omissione di alcun fatto storico o decisivo.

Al riguardo, occorre precisare quanto segue.

Da un lato, vi è un ampio numero di giuristi i quali sostengono che la consulenza tecnica d'ufficio non sia un vero e proprio mezzo di prova.

Dall'altro, però, anche accogliendo questa interpretazione, non si può ritenere che la consulenza tecnica costituisca un "fatto" idoneo a legittimare un'impugnazione ai sensi dell'articolo 360, n. 5 c.p.c.

Infatti, come già sancito dalla giurisprudenza di legittimità, questo dev'essere un "(...) *vero e proprio fatto in senso storico e normativo, un preciso accadimento o una precisa circostanza naturalistica, un dato materiale, un episodio fenomenico rilevante. Non sono tali le argomentazioni difensive, gli elementi istruttori e il restante materiale di causa*".

Alla luce delle considerazioni appena esposte e delle argomentazioni proposte dalla Cassazione, emerge l'impossibilità di censurare davanti ai giudici di legittimità gli errori contenuti nella relazione del consulente tecnico.

Tuttavia, ciò non significa che una simile situazione rimanga priva di tutela.

Nel caso di specie, il ricorrente sosteneva che il consulente avesse commesso un errore di percezione in merito all'individuazione delle ore di lavoro prestate in regime di straordinario e notturno.

L'errore, però, sarebbe connesso ai documenti dedotti in giudizio dal dipendente (ossia le buste paghe che dimostrano l'avvenuta prestazione da parte del lavoratore) e non a un fatto che è stato oggetto di discussione tra le parti.

L'unico rimedio esperibile rimane la revocazione ordinaria ai sensi dell'articolo 395, n. 4, c.p.c., per la quale però non è competente la Corte di Cassazione.

Se, invece, come ha evidenziato la Suprema Corte, l'errore ricadesse su un fatto decisivo che è stato oggetto di discussione tra le parti, sarebbe possibile impugnare la sentenza ex art. 360, primo comma, n. 5, c.p.c.

La Suprema Corte ha quindi confermato con decisione la natura di *numerus clausus* dei motivi di ricorso per Cassazione.

Il provvedimento dimostra estrema coerenza con quanto già stabilito in passato dalla giurisprudenza di legittimità.

Esso dimostra anche la validità e l'efficacia delle norme vigenti, negando la necessità di una riforma in materia o della ricerca di interpretazioni giurisprudenziali in contrasto con l'orientamento consolidato.

L'articolo 360, primo comma, c.p.c. impedisce il ricorso in ultima istanza per vizi minori, tra i quali rientrano quelli che colpiscono la relazione del perito.

Questi non sono "fatti" decisivi per il giudizio.

Inoltre, l'esperimento della consulenza tecnica dimostra che non vi è stato alcun "omesso esame" della questione, ma che la stessa è stata attentamente vagliata dal giudice e dai suoi ausiliari.

Il modo in cui questo vaglio è stato eseguito può essere contestato, ma nulla si può dire in riferimento alla sua sussistenza.

Altra questione si pone relativamente all'eventuale sindacato che il ricorrente può compiere in riferimento all'esercizio dei poteri istruttori del giudice che abbia richiesto l'esperimento della consulenza tecnica.

Anche in questo caso, non si verificano le condizioni per impugnare di fronte alla Suprema Corte. Infatti, un esercizio incongruo dei poteri istruttori del giudice del lavoro può ricadere nei motivi di cui all'articolo 360 c.p.c. solamente se esso implichi la nullità della sentenza o del procedimento, oppure se esso si ponga in contrasto con altre norme di diritto, prima tra tutte l'articolo 420 c.p.c. Non vi sono, nel caso in esame, gli estremi per ritenere che il giudice di merito abbia violato le norme di diritto, perché la censura del ricorrente concerne esclusivamente la relazione del perito.

In definitiva, gli eventuali travisamenti rinvenibili nei calcoli effettuati dal consulente integrano "errore revocatorio, come tale denunciabile davanti allo stesso giudice a quo".

La revocazione, quindi, si pone come unico rimedio qualora l'impugnante faccia valere i vizi della

consulenza tecnica senza sindacare invece l'attività del giudice.

NOVITÀ NORMATIVE

Decreto Ministero della Giustizia 27 gennaio 2021

Il Decreto 27 gennaio 2021 del Ministero della Giustizia, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale 28 gennaio 2021, n. 22, ha disposto l'attivazione presso il settore Civile della Corte di Cassazione, del servizio di deposito telematico degli atti e dei documenti da parte dei difensori delle parti.

Ai sensi dell'articolo 221, comma 5, del Decreto Legge 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. Decreto Rilancio), convertito, con modificazioni, dalla Legge 17 luglio 2020, n. 77, l'articolo 1 del provvedimento del 21 gennaio 2021 dichiara accertata, presso la Corte Suprema di Cassazione l'installazione e l'idoneità delle attrezzature informatiche, nonché la funzionalità dei servizi di comunicazione del settore civile per il deposito telematico degli atti processuali e dei documenti da parte dei difensori delle parti a decorrere dal 31 marzo 2021.

Il decreto in esame attua la disposizione contenuta nel c.d. Decreto Rilancio (art. 221, comma 5), la quale aveva statuito che, nei procedimenti civili innanzi alla Corte di Cassazione, il deposito degli atti e dei documenti da parte degli avvocati può avvenire in modalità telematica nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici.

Il secondo periodo della richiamata norma aveva inoltre previsto che l'attivazione del servizio fosse preceduta da un provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia, accertante l'installazione e l'idoneità delle attrezzature informatiche, unitamente alla funzionalità dei servizi di comunicazione dei documenti informatici. Infine, il comma 5 in esame aveva previsto che gli obblighi di pagamento del contributo unificato

(contemplato dall'articolo 14 del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115), nonché l'anticipazione forfettaria (articolo 30 dello stesso T.U.), connessi al deposito telematico degli atti di costituzione in giudizio presso la Corte di Cassazione, devono essere assolti con sistemi telematici di pagamento anche tramite la piattaforma tecnologica prevista dall'articolo 5, comma 2, del codice di cui al D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82.

All'articolo 2 del Decreto ministeriale in commento è stabilito che il medesimo provvedimento acquista efficacia decorsi quindici giorni dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, avvenuta il 28 gennaio 2021. Tuttavia, come esplicitato nell'articolo 1, la decorrenza del servizio è stata fissata al 31 marzo 2021.

Leap è un progetto editoriale a cura dello Studio Legale Lipani, Catricalà & Partners. È vietata ogni distribuzione non autorizzata.

© Copyright 2020 | Lipani Catricalà & Partners

LEAP
NEWSLETTER