

LEAP

NEWSLETTER

NEWSLETTER DEL 24 FEBBRAIO 2021

GIURISPRUDENZA	3
Contratti Pubblici e Diritto Amministrativo	3
Consiglio di Stato, sez. III, 20 gennaio 2021, n. 627	
Antitrust & Regulatory	6
Consiglio di Stato, sez. VI, 28 dicembre 2020, n. 8358	
Diritto Civile e Processuale Civile	8
Corte di Cassazione, SS.UU. Civili, 29 gennaio 2021, n. 2145	

Consiglio di Stato, sez. III, 20 gennaio 2021, n. 627

Massima

È un dato incontrovertibile che il principio di pubblicità imponga l'apertura in seduta pubblica delle buste contenenti tanto la documentazione amministrativa che le offerte, tecniche ed economiche, con conseguente necessaria riedizione della gara in caso di violazione del suddetto obbligo. Purtuttavia, essendosi svolta l'intera procedura di gara in modalità telematica - quindi, secondo una modalità che consente in concreto di garantire un'immediata e diretta verifica della data di confezionamento dei documenti trasmessi, della loro acquisizione e di ogni eventuale tentativo di modifica - in tal caso non è necessaria una seduta pubblica per l'apertura delle offerte.

Caso di specie

Veniva indetta una gara, suddivisa in 4 lotti, per l'affidamento di una fornitura di dispositivi medici, con possibilità di concorrere per tutti i lotti e limite di aggiudicazione fissato ad un massimo di due lotti.

La lex specialis di gara prescriveva inoltre che "nel caso in cui un concorrente si sia aggiudicato due lotti, non si procederà all'apertura della sua offerta riferita ai lotti successivi".

Un'impresa (A) si aggiudicava i primi due lotti. La stessa aveva invero concorso anche per l'aggiudicazione del quarto lotto ma, risultando come detto già aggiudicataria dei primi due lotti, la sua offerta in relazione al quarto lotto non veniva aperta né valutata, e tale lotto veniva dunque aggiudicato ad altra impresa concorrente (B).

In esito ad un contenzioso insorto sull'assegnazione del lotto 1, l'aggiudicazione in favore dell'impresa A veniva poi annullata e disposta in favore di una diversa impresa (C).

Peraltro, l'annullamento della suddetta originaria aggiudicazione del lotto 1 consentiva all'impresa A di concorrere all'assegnazione del lotto quattro, di modo che la stazione appaltante procedeva all'apertura e alla valutazione dell'offerta tecnica e di quella economica della stessa impresa A relativamente a questo lotto. Siffatta operazione di gara conduceva all'annullamento dell'aggiudicazione del lotto 4 inizialmente disposta in favore dell'impresa B e all'assegnazione dello stesso lotto in favore dell'impresa A.

A fronte di ciò, l'impresa B ricorreva al Tar Lombardia, contestando l'illegittimità degli atti della procedura e l'aggiudicazione del lotto 4 a motivo, tra l'altro, della ritenuta violazione delle regole in tema di pubblicità della gara relativamente alla fase dell'apertura dell'offerta: in particolare, la ricorrente lamentava il fatto che tali operazioni non erano state svolte in seduta pubblica, precludendosi ai concorrenti la partecipazione allo svolgimento delle stesse.

Nell'accogliere il ricorso sotto tale ultimo specifico profilo, il Tar adito disponeva la rinnovazione della fase di gara pertinente all'apertura e valutazione delle offerte relative al quarto lotto.

Questa statuizione del giudice di primo grado veniva successivamente impugnata dalla stessa impresa B (ricorrente in primo grado), che contestava tale pronuncia ove interpretata come non volta ad aggiudicare il lotto quattro in suo favore ovvero alla rinnovazione dell'intera procedura di gara riferita al lotto quattro.

Il Consiglio di Stato riteneva l'appello infondato e lo rigettava.

Motivi della decisione

Secondo il Consiglio di Stato "(...) deve, anzitutto, rilevarsi come il giudice di prime cure abbia chiaramente perimetrato nel proprio decisum gli effetti della propria statuizione di annullamento

evidenziando, a tal riguardo, che l'accoglimento del ricorso è sufficiente a "travolgere l'intera fase della gara successiva al reingresso della controinteressata, con il conseguente obbligo per la stazione appaltante di rinnovare tale fase".

È, dunque, di tutta evidenza come l'effetto demolitorio, in ragione di quanto espressamente previsto nel suindicato dictum, non involga l'intera procedura di gara ma resti circoscritto solo ad una parte di essa, vale a dire al segmento successivo al reingresso della controinteressata conseguente all'aggiudicazione in suo favore del lotto 1, tenendo dunque ferme le offerte presentate dai concorrenti".

Tanto chiarito, il medesimo Supremo Consesso ha poi precisato che:

- se da un lato, "Com'è noto il principio di pubblicità, quale diretto corollario del principio di trasparenza, con le sue puntuali applicazioni, costituisce un indefettibile momento qualificante delle procedure di evidenza pubblica anche in ragione dei rapporti di immediato e diretto collegamento con le esigenze di tutela della concorrenza e di corretto funzionamento del mercato";
- dall'altro, "Pur tuttavia, i suddetti principi, la cui astratta validità non è qui in discussione, vanno necessariamente verificati, quanto alla predicabilità nei rigidi termini suesposti delle relative implicazioni, in stretta aderenza con il regime delle singole procedure selettive onde accertare l'effettiva replicabilità del rischio che mirano a scongiurare.

In altri termini, il pericolo presunto che si riconnette ad ogni possibile violazione delle regole che governano la pubblicità delle sedute di gara va pur sempre coniugato con il principio di potenziale offensività della specifica condotta, che deve mostrare, in concreto, l'attitudine a condizionare, anche in via potenziale, ma pur sempre in termini obiettivamente apprezzabili, il corretto sviluppo della procedura di gara".

"Orbene, occorre tener conto che, nel caso qui in rilievo, la procedura di gara, per quanto attiene

almeno al lotto in questione ed alle offerte presentate, si è svolta in modalità telematica - non essendo sul punto sollevate contestazioni di sorta - che consente di tracciare in maniera incontrovertibile i flussi di dati tra i singoli operatori partecipanti, garantendo un'immediata e diretta verifica della data di confezionamento dei documenti trasmessi, della loro acquisizione e di ogni eventuale tentativo di modifica.

Ed è proprio in ragione di ciò che anche questa stessa Sezione ha affermato, anche di recente (cfr. Consiglio di Stato sez. III, 05/12/2019, n.8333), che non sarebbe comunque, e a rigore, nemmeno necessaria una seduta pubblica per l'apertura delle offerte tecniche (lo stesso vale per le offerte economiche), in quanto la gestione telematica offre il vantaggio di una maggiore sicurezza quanto alla conservazione dell'integrità degli atti (cfr. Consiglio di Stato sez. III, 13/12/2018, n.7039; Cons. St., sez. III, 15 novembre 2016, n. 4990; Cons. St., sez. III, 3 ottobre 2016, n. 4050; Cons. St., sez. V, 29 ottobre 2014, n. 5377).

Ne discende, pertanto, che, sul punto, le pretese attoree ad una invalidazione dell'intera procedura (ovvero alla non valutabilità dell'offerta della controinteressata) non possono trovare ingresso come conseguenza della violazione sopra descritta".

Nei termini appena riportati il Consiglio di Stato ha dunque definito la controversia, sotto il profilo in esame, respingendo l'appello suddetto.

Consiglio di Stato, sez. VI, 28 dicembre 2020 n. 8358

Massima

Si può discettare se nei confronti di un cartello c.d. *hardcore* sussista in ogni caso una presunzione di assoluta illiceità, derivante appunto dall'oggetto dell'accordo, ritento *ex ante* idoneo a produrre effetti anticoncorrenziali nel mercato.

L'Autorità, infatti, anche nei casi riconducibili ad una fattispecie *hardcore*, deve sempre verificare che non vi siano vicende specifiche che possano mettere in dubbio la presunta natura illecita dell'accordo.

Caso di specie

Al termine del procedimento I790 avviato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito "AGCM" o "Autorità"), recante "*Vendita diritti televisivi Serie A 2015-2018*", con provvedimento n. 25966 del 19 aprile 2016, l'Autorità aveva irrogato una sanzione nei confronti delle principali emittenti televisive operanti nel settore per aver posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza contraria all'articolo 101 TFUE nell'ambito della gara per i diritti televisivi sul Campionato di serie A per il triennio 2015-2018.

Secondo l'AGCM, l'accordo tra le imprese, ritenuto palese per l'irrazionale assegnazione dei lotti, sarebbe stato idoneo a sovvertire l'esito della gara rispetto alla procedura competitiva stabilita dal "Decreto Melandri".

A seguito del ricorso al provvedimento instaurato dai destinatari dinanzi al Tar Lazio, che ha annullato la predetta decisione, l'AGCM ha proposto appello al Consiglio di Stato.

Motivi della decisione

Con riferimento all'argomento fondante della posizione in giudizio dell'AGCM, ovvero dell'irrazionalità nell'affidare due lotti a due diversi concorrenti quando uno solo di questi aveva presentato in entrambi offerte migliori, pertanto idonee ad escludere l'altro partecipante, il Consiglio di Stato ha preliminarmente osservato che anche nei casi astrattamente riconducibili ad un cartello *hardcore*, l'Autorità deve sempre verificare che non vi siano vicende specifiche che possano mettere in dubbio la presunta natura illecita dell'accordo. L'AGCM, infatti, non ha tenuto in debito conto la circostanza che la scelta della Stazione Appaltante (Lega Calcio) di non procedere all'assegnazione dei due pacchetti al medesimo operatore fu una scelta obbligata, alla luce di quanto disposto dal Decreto Melandri, che vieta l'acquisizione da parte di un solo soggetto dei diritti televisivi delle partite in diretta. Pertanto, il presunto contingentamento del mercato,

realizzato tramite un'intesa illecita di cui all'art. 101, comma 1, lett. c) TFUE, non è il frutto di un accordo intercorso tra le parti al fine di eliminare la concorrenza, bensì è causa di una conseguenza esterna relativa ad una disposizione legislativa che impone di non assegnare una risorsa per natura limitata ad un solo soggetto.

Corte di Cassazione, SS.UU. Civili, 29 gennaio 2021, n. 2145

Massima

Nel regime introdotto dall'art. 6 del D.Lgs. n. 150 del 2011, alle controversie regolate dal processo del lavoro di opposizione ad ordinanza-ingiunzione che abbiano oggetto violazioni concernenti le disposizioni in materia di tutela del lavoro, di igiene sui luoghi di lavoro e di prevenzione degli infortuni sul lavoro e di previdenza e assistenza obbligatoria, diverse da quelle consistenti nella omissione totale o parziale di contributi o da cui deriva un'omissione contributiva, si applica la sospensione dei termini processuali nel periodo feriale, a norma della Legge n. 742 del 1969, art. 3, trattandosi di controversie che non rientrano tra quelle indicate dagli artt. 409 e 442 c.p.c. Ne consegue che, ai fini della tempestività dell'impugnazione avverso la sentenza resa in tema di opposizione a ordinanza ingiuntiva del pagamento di una sanzione amministrativa per violazioni inerenti al rapporto di lavoro o al rapporto previdenziale, deve tenersi conto della detta sospensione.

Caso di specie

Il datore di lavoro presentava opposizione contro un'ordinanza-ingiunzione emessa dalla Direzione Territoriale del lavoro avverso il pagamento di circa Euro 9.000,00, a titolo di sanzione per

violazioni amministrative relative all'impiego, non regolarizzato, di lavoratrici.

Il Tribunale rigettava l'opposizione ed il ricorrente impugnava la sentenza.

La Corte d'Appello dichiarava inammissibile il gravame in quanto tardivo, poiché depositato oltre sei mesi dalla data di pubblicazione della sentenza (art. 327 c.p.c.).

Secondo il Giudice di merito, infatti, non era applicabile il periodo di sospensione feriale dei termini (dal 1 al 31 agosto), giacché la controversia era assoggettata al rito del lavoro ed esclusa dalla sospensione.

Alla Cassazione è stato dunque sottoposta la seguente questione:

- se le cause di opposizione ad ordinanze-ingiunzioni, in materia di sanzioni per il lavoro a cui si applica il rito del lavoro, vadano considerate controversie lavoristiche (ex art. 409 c.p.c.) e, in quanto tali, siano escluse dalla sospensione feriale dei termini.

Motivi della decisione

La legge n. 742/1969 disciplina la materia della sospensione dei termini processuali nel periodo feriale.

In particolare, la sospensione opera dal 1° al 31 agosto (in precedenza, durava sino al 15 settembre), ma con delle eccezioni.

Infatti, la sospensione non si applica alle cause e ai procedimenti indicati nell'art. 92 dell'ordinamento giudiziario (R.D. n. 12/1941), ossia a:

- cause relative ad alimenti;
- procedimenti cautelari (la deroga alla sospensione riguarda solo la fase sommaria);
- ai procedimenti per l'adozione di provvedimenti in materia di amministrazione di sostegno, di interdizione, di inabilitazione;
- procedimenti per l'adozione di ordini di protezione contro gli abusi familiari;
- procedimenti per convalida di sfratto (la deroga alla sospensione non opera nel procedimento ordinario, ma solo nella fase sommaria);

- procedimenti di opposizione all'esecuzione, comprensiva dell'opposizione agli atti esecutivi e dell'opposizione di terzo (Cass. n. 12250/2007);
- cause relative alla dichiarazione ed alla revoca dei fallimenti;
- cause rispetto alle quali la ritardata trattazione potrebbe produrre grave pregiudizio alle parti.

Inoltre, la sospensione non opera in relazione alle controversie di previdenza e lavoro (previste dagli artt. 409 e 442 c.p.c.).

Proprio sulla qualificazione di tali controversie si concentra la sentenza resa dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, la quale brevemente ricorda come nella fattispecie in esame vengano in rilievo le seguenti disposizioni:

- Legge n. 742/1969 sulla sospensione feriale; in particolare, l'art. 3 che indica i casi in cui essa non opera;
- Legge n. 689/1981, articolo 35, in materia di violazioni in materia di previdenza e assistenza obbligatorie, ove sono previste tre tipologie di ordinanza-ingiunzione, che, prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 150/2011, erano sottoposte a due procedimenti: il rito del lavoro (applicabile alle opposizioni ad ordinanze-ingiunzioni emesse per violazioni legate ad omissioni contributive o di premi) e il rito speciale (applicabile a tutte le altre violazioni in materia previdenziale e lavoristica);
- D.Lgs. n. 150/2011 sulla semplificazione dei procedimenti civili; in particolare, l'art. 6 in materia di opposizione all'ordinanza ingiunzione.

Con tale norma sono state ricondotte ad una disciplina unitaria, quanto al rito, le controversie aventi ad oggetto l'opposizione alle ordinanze-ingiunzioni privilegiando il modello del processo del lavoro. Il decreto sulla semplificazione dei riti non ha abrogato l'art. 35 della Legge n. 689/1981, pertanto, la differenza sulle tipologie di ordinanze in esso indicata sussiste ancora.

La Suprema Corte era già intervenuta al riguardo proprio a Sezioni Unite (Cass. SS.UU. n. 63/2000), soffermandosi sull'art. 35 della Legge n. 689/1981

il quale prevedeva due procedimenti: il rito speciale e il rito del lavoro (naturalmente, prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 150/2001). In quel contesto normativo, i Giudici hanno dato rilievo all'argomento formale.

In sostanza, la scelta del rito determina una valutazione anche della natura della causa dell'opposizione.

Si è, altresì, rilevato che l'oggetto delle cause di opposizione consiste nell'accertamento negativo della legittimità dell'atto opposto e della pretesa sanzionatoria della pubblica amministrazione. Quindi, non è necessario indagare la tipologia di controversia atteso che, nel caso di opposizione ad ordinanza-ingiunzione, il collegamento con il rapporto di lavoro è meramente occasionale. Infatti, l'opposizione mira ad ottenere un accertamento negativo della legittimità della pretesa punitiva dell'amministrazione pubblica (Cass. SS.UU. n. 63/2000).

Tale oggetto permane immutato anche nel caso di opposizioni ad ingiunzioni per il pagamento di sanzioni lavoristiche.

E quindi:

- rileva la reazione all'illecito, in quanto diretta al ripristino dell'ordine;
- è indifferente il settore dell'ordinamento inciso dal comportamento integrativo della violazione.

L'oggetto del giudizio non è, dunque, l'atto della Pubblica Amministrazione, bensì il rapporto.

Per rapporto si intende il rapporto sanzionatorio, ossia "*(...) quello vertente sull'accertamento della conformità della sanzione ai casi, alle forme e all'entità previsti dalla legge, atteso che si fa valere il diritto a non essere sottoposto a una prestazione patrimoniale se non nei casi espressamente previsti dalla legge*" (Cass. SS.UU. n. 1786/2010).

La giurisprudenza di legittimità è stata costantemente orientata nel senso dell'applicabilità della sospensione feriale dei termini al procedimento di opposizione all'ordinanza-ingiunzione circa l'applicazione di sanzioni lavoristiche.

Recentemente (Cass. n. 8673/2018), la Cassazione ha abbandonato l'argomento formale, fornito dalla scelta del rito, per abbracciare un criterio ontologico.

Tale scelta è stata dettata dall'art. 6 del D.Lgs. n. 150/2011 che ha introdotto una disciplina unitaria del procedimento, eliminando la distinzione tra rito speciale e rito del lavoro.

Secondo i Giudici, nei giudizi di opposizione all'ordinanza di irrogazione di una sanzione amministrativa:

- l'oggetto del contendere è costituito dall'esistenza (o meno) dei presupposti per l'esercizio della potestà sanzionatoria;
- il collegamento con il rapporto di lavoro subordinato è meramente indiretto.

Con l'opposizione si realizza una "reazione" all'illecito amministrativo ed è irrilevante il settore dell'ordinamento in cui la violazione si consuma.

Come sopra evidenziato, l'unificazione del rito operata dal D.Lgs. n. 150/2011 non consente più di ricorrere all'argomento "formale" utilizzato dalla giurisprudenza, altrimenti si giungerebbe ad affermare che, per tutte le controversie in materia di opposizione a ingiunzione, sia esclusa la sospensione dei termini, stante l'impiego del rito del lavoro.

Dal momento che, ormai, il rito è unico, occorre individuare in criterio distintivo tra i vari tipi di opposizione.

La Cassazione ha chiarito che la devoluzione al rito del lavoro, operata nel 2011, non è integrale a dimostrazione del fatto che il legislatore l'abbia usato come *"semplice modello di riferimento e non anche come strumento di tutela differenziata di una parte del processo ritenuta ontologicamente più debole"*.

Quindi, il rinvio al processo del lavoro è una scelta meramente processuale che unisce controversie eterogenee e che prescinde dalla natura e dal contenuto delle situazioni giuridiche sostanziali. Il processo nascente dalla riforma non è pensato perché abbia ad oggetto controversie individuali di lavoro (ex art. 409 c.p.c.).

L'art. 35 della Legge n. 689/1981 non è stato abrogato dalla Legge n. 150/2011 (art. 34) anche se il coordinamento tra le disposizioni è difficoltoso. Pertanto, sussiste tuttora la distinzione tra:

- violazioni in materia di previdenza ed assistenza obbligatorie, consistenti nell'omissione totale o parziale del versamento dei contributi e premi o eziologicamente legate agli obblighi contributivi;
- violazioni, sempre in materia di lavoro e previdenza, che non riguardano omissioni contributive.

La ragione della sopravvivenza del distinguo dipende dal fatto che le violazioni di cui al punto a) hanno una duplicità di oggetto:

- la sanzione;
- il pagamento dei contributi non versati.

In tal caso, il legame con il rapporto di lavoro appare macroscopico; inoltre, emerge anche l'esigenza di una tutela differenziata rispetto alle altre opposizioni in materia lavoristica.

Infatti, il mancato versamento dei contributi incide sul diritto del lavoratore alla integrità della sua posizione previdenziale.

Anche in dette controversie l'oggetto consiste nel corretto esercizio della potestà sanzionatoria, ma sussiste, altresì, una finalità recuperatoria che produce effetti direttamente nella sfera del lavoratore.

Per tale ragione alle controversie relative al pagamento dei contributi non versati non si applica la sospensione dei termini, stante la necessità di una sollecita definizione della lite a tutela del lavoratore.

Al di fuori di tali ipotesi, laddove l'opposizione abbia ad oggetto solo la pretesa punitiva dello Stato, non si comprende per quale ragione si debba considerare inapplicabile la sospensione feriale dei termini.

Nelle opposizioni alle ordinanze-ingiunzioni per sanzioni non afferenti a materia di lavoro, l'esclusione della sospensione feriale dei termini non dipende dal rito da cui la causa è disciplinata, ma si riferisce alla sua natura.

Quindi, le controversie in materia di opposizione a ordinanza-ingiunzione emesse in diversa materia,

sebbene regolate dal rito del lavoro, restano soggette alla sospensione feriale dei termini. Ciò premesso, alle controversie di opposizione a ordinanza-ingiunzione, regolate dal rito del lavoro ex art. 6 D.Lgs. n. 150/2011:

- si applica la sospensione dei termini processuali (art. 1 Legge n. 742/1969) se esse hanno ad oggetto violazioni concernenti le disposizioni in materia di tutela del lavoro, di igiene sui luoghi di lavoro e di prevenzione degli infortuni sul lavoro e di previdenza e assistenza obbligatoria;
- non si applica la sospensione dei termini processuali (art. 3 Legge n. 742/1969) se esse hanno ad oggetto la violazione delle disposizioni consistenti nella omissione totale o parziale di contributi o da cui deriva un'omissione contributiva.

In tale ultimo caso, infatti, si tratta di controversie che rientrano tra quelle indicate dagli artt. 409 e 442 c.p.c.

La Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, dopo un lungo e complesso iter argomentativo in cui viene analizzato il mutato contesto normativo e fa riferimento alla giurisprudenza di legittimità e costituzionale, enuncia il seguente principio di diritto:

"(...) Nel regime introdotto dal D.Lgs. n. 150 del 2011, art. 6, alle controversie, regolate dal processo del lavoro, di opposizione ad ordinanza-ingiunzione che abbiano oggetto violazioni concernenti le disposizioni in materia di tutela del lavoro, di igiene sui luoghi di lavoro e di prevenzione degli infortuni sul lavoro e di previdenza e assistenza obbligatoria, diverse da quelle consistenti nella omissione totale o parziale di contributi o da cui deriva un'omissione contributiva, si applica la sospensione dei termini processuali nel periodo feriale, a norma della L. n. 742 del 1969, art. 3, trattandosi di controversie che non rientrano tra quelle indicate dagli artt. 409 e 442 c.p.c.. Ne consegue che, ai fini della tempestività dell'impugnazione avverso la sentenza resa in tema di opposizione a ordinanza ingiuntiva del pagamento di una sanzione amministrativa per violazioni inerenti al rapporto di lavoro o al

rapporto previdenziale, deve tenersi conto della detta sospensione".

Quindi, il ricorso viene accolto e la sentenza cassata con rinvio alla Corte d'appello in diversa composizione, che provvederà anche a regolare le spese del giudizio di legittimità.

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
