

LEAP

NEWSLETTER

NEWSLETTER DEL 17 MARZO 2021

GIURISPRUDENZA

Contratti Pubblici e Diritto Amministrativo 3
Consiglio di Stato, Sez. V, 28 gennaio 2021, n. 833

Diritto Civile e Processuale Civile 6
Corte di Cassazione, Sez. III Civ., Ordinanza 9 febbraio 2021, n. 3130
Corte di Cassazione, Sez. VI Civ., Ordinanza 9 febbraio 2021, n. 3011

NOVITÀ NORMATIVE

Legge 26 febbraio 2021 n. 21: norme in materia di contratti pubblici nella conversione, con modificazioni, in legge del Decreto c.d. "Milleproroghe" 13

Consiglio di Stato, Sez. V, 28 gennaio 2021, n. 833

Massima

La possibilità di apportare modifiche soggettive al raggruppamento temporaneo di imprese anche “*in fase di gara*”, quale prevista dall’art. 48, comma 19 *ter*, del Codice dei contratti pubblici, riguarda le sole ipotesi contemplate dal primo periodo del comma 18 del medesimo art. 48 (ovverosia le previsioni inerenti ai casi di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, etc.), ma non anche i casi di “*perdita dei requisiti di cui all’art. 80 D.lgs. n. 50/16*” in capo alla mandante. In tali ultimi casi, infatti, la facoltà di modificare la compagine del RTI è limitata alla sola fase esecutiva.

Caso di specie

Il RTI appellante è stato escluso dalla procedura indetta per l’affidamento di un servizio di progettazione, in quanto, a seguito dell’espletamento delle verifiche in merito al possesso dei requisiti di cui all’art. 80 del Codice dei contratti pubblici di cui al D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e s.m.i., emergeva una irregolarità contributiva in capo a due delle imprese mandanti. Il raggruppamento istante, quindi, ha impugnato il predetto provvedimento di esclusione dinanzi al Tar Lazio, che, tuttavia, ha rigettato il ricorso. IL suddetto RTI ha quindi proposto appello avverso la citata sentenza, deducendo la violazione degli artt. 48 e 80 del Codice dei contratti pubblici e del correlato principio di proporzionalità, posto che nella procedura in oggetto non è stata consentita una modificazione soggettiva del costituendo raggruppamento, mediante la sostituzione dei mandanti colpiti dall’irregolarità contributiva.

Motivi della decisione

Nel rigettare l'appello, il Collegio ha delimitato il perimetro applicativo del principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche di cui all'art. 48, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016, chiarendo come da quest'ultimo derivi la generale preclusione a qualsiasi modificazione dei raggruppamenti temporanei in fase di gara; ciò, in quanto tale *“modifica determinerebbe, almeno in parte, la modifica dello stesso soggetto che vi partecipa”*.

Nel porre il divieto in esame, la disposizione in parola fa salve le ipotesi di cui ai successivi commi 17 e 18, ammettendo così la modifica della composizione dei raggruppamenti temporanei anche in caso di perdita dei requisiti di cui all'art. 80 del Codice, ma esclusivamente qualora la stessa avvenga in corso di esecuzione e, quindi, all'unico fine di far salva la buona riuscita del contratto di appalto stipulato.

Il Collegio, sul punto, ha precisato che *“La conclusione deve tenersi ferma anche a seguito della introduzione nel corpo dell'art. 48, ad opera dell'art. 32, comma 1, lett. h), del d. lgs. n. 56/2017, del nuovo comma 19 ter, il quale estende espressamente l'eventualità di modifiche soggettive anche alle ipotesi verificatesi ‘in fase di gara’”*. A dire del Consiglio di Stato, infatti, è necessaria un'interpretazione restrittiva della disposizione contenuta al comma 19 *ter* del citato art. 48 al fine di precludere la possibilità di ammettere modifiche soggettive in corso di gara anche nelle ipotesi di perdita dei requisiti di cui all'art. 80 del Codice. Se ne trae ulteriore conferma dal fatto che proprio l'art. 48 in esame è stato contestualmente modificato introducendo sì anche la fattispecie (antecedentemente non prevista) di perdita dei requisiti soggettivi quale ragione di possibile modificazione del raggruppamento, ma espressamente limitando l'ipotesi alla fase esecutiva.

Sarebbe, allora, del tutto illogico che l'estensione *“alla fase di gara”* di cui al comma 19 *ter*, introdotto dallo stesso Decreto correttivo vada a neutralizzare la specifica e coeva modifica del comma 18 della norma di che trattasi.

Ne deriva che le modifiche soggettive alla composizione di un raggruppamento temporaneo di imprese in fase di gara possono ammettersi, oltre che nei casi previsti dalla normativa antimafia, nel solo caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata,

SOMMARIO

amministrazione straordinaria, concordato preventivo, procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione del mandatario per le società ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo.

Sulla base delle riportate argomentazioni il Supremo Consesso ha pertanto respinto l'appello, confermando la pronuncia del Giudice di prime cure.

Corte di Cassazione, Sez. III Civ., Ordinanza 9 febbraio 2021, n. 3130

Massima

Il cliente, per ottenere il risarcimento da illegittima segnalazione alla Centrale Rischi, deve provare fondatezza e buona fede delle ragioni dell'inadempimento. L'istituto di credito non può effettuare la segnalazione alla Centrale Rischi (CR) solo in ragione di un ritardo nell'adempimento, ma deve valutare la situazione patrimoniale complessiva del debitore.

Pertanto, per stabilire se detta segnalazione sia legittima, il Giudice deve effettuare una valutazione *ex ante* per accertare se, quando il cliente ha rifiutato l'adempimento delle proprie obbligazioni, i motivi del rifiuto apparissero oggettivamente non infondati e prospettati in buona fede.

Il debitore è gravato dal relativo onere della prova al fine di ottenere il risarcimento del danno da illegittima segnalazione.

Caso di specie

Un istituto di credito notificava un atto di precetto ai propri debitori per il pagamento di oltre Euro 58.000,00, in relazione ad un mutuo non interamente restituito; l'atto veniva notificato, altresì, ai terzi datori di ipoteca.

I convenuti formulavano opposizione lamentando, tra le altre cose, la violazione del divieto di anatocismo, la nullità delle clausole sul saggio di interesse e la violazione della legge antiusura. Infine, chiedevano la condanna della banca al risarcimento del danno per illegittima segnalazione alla centrale rischi.

L'opposizione veniva respinta in primo e secondo grado.

I debitori propongono quindi ricorso per cassazione.

Motivi della decisione

La Cassazione mette in luce come la segnalazione degli insoluti e delle sofferenze sia disciplinata da una serie di norme.

Per quanto in questa sede di interesse, vengono in rilievo le istruzioni e circolari emanate dalla Banca d'Italia.

In particolare, le "Istruzioni per gli intermediari creditizi", contenute nella Circolare della Banca d'Italia n. 139/1991, più volte modificata, da ultimo con il 19° Aggiornamento, in vigore dal 1° marzo 2020.

Le sopra citate "istruzioni" costituiscono il fulcro della disciplina, in quanto contengono le regole in materia di segnalazione da parte degli intermediari finanziari.

In relazione alla fattispecie in esame, bisogna fare riferimento al testo *ratione temporis* applicabile (ossia all'11° Aggiornamento del 2011).

È ivi previsto che la segnalazione della sofferenza, in relazione ad un credito insoluto, sia:

- subordinata alla valutazione da parte dell'intermediario della complessiva situazione finanziaria del cliente;
- non discenda automaticamente da un mero ritardo nel pagamento del debito.

Sostanzialmente, non basta l'inadempimento per la segnalazione a sofferenza.

La giurisprudenza di legittimità ha costantemente affermato che gli intermediari creditizi non possono segnalare il proprio debitore alla Centrale Rischi, solo perché questi sia inadempiente.

Al contrario, la segnalazione postula che la banca abbia ritenuto che la situazione debitoria del soggetto sia grave e dipenda da una condizione di difficoltà economica non transitoria, simile allo stato di insolvenza (Cass. n. 15609/2014).

Infatti, se bastasse il mero inadempimento, verrebbe segnalato anche il debitore che eccepisce un controcredito in compensazione o che solleva l'eccezione di inadempimento.

Per stabilire il diritto al risarcimento, il Giudice non deve solo valutare se il debito, oggetto della segnalazione, sia effettivamente sussistente.

La sua valutazione va effettuata *ex ante* e deve riguardare un duplice profilo:

- oggettivo, per acclarare se le ragioni del debitore in relazione al rifiuto di pagamento fossero fondate o quantomeno avessero un *fumus* di fondatezza;
- soggettivo, per verificare se il debitore fosse in buona fede nella sua contestazione del debito.

Pertanto, nel caso di inadempimento fondato su eccezioni pretestuose, la segnalazione alla Centrale

Rischi è legittima in quanto rappresenta una conseguenza del mancato pagamento.

Lo stesso dicasi nel caso in cui il debitore sollevi eccezioni senza verificarne la sostenibilità giuridica (ad esempio, senza consultare un esperto). La Suprema Corte ha rilevato come, nel caso in esame, la Corte d'Appello non abbia rispettato le regole relative alla valutazione sulla legittimità (o meno) della segnalazione alla Centrale Rischi. Il Giudice di merito, infatti, ha rigettato la domanda di condanna sul semplice rilievo dell'infondatezza delle eccezioni sollevate.

Invece, la segnalazione alla Centrale dei Rischi:

- deve restare una conseguenza giuridica dell'inadempimento colposo;
- non può essere la conseguenza giuridica dell'aver sollevato in buona fede eccezioni stragiudiziali di nullità del contratto.

Dunque, la valutazione sul corretto operato della banca non può limitarsi sull'accertata infondatezza delle eccezioni sollevate dal debitore.

Al contrario, occorre esaminare la meritevolezza delle ragioni invocate dal debitore a fondamento del rifiuto di adempiere, nonché la diligenza impiegata dalla banca nel valutarle.

Nel giudizio di risarcimento del danno da illegittima segnalazione alla Centrale Rischi, l'onere della prova si ripartisce secondo le regole ordinarie dell'illecito aquiliano, quindi, grava sull'attore l'onere di dimostrare:

- la propria buona fede al momento in cui ha sollevato l'eccezione;
- la colpa del creditore;
- l'esistenza del danno;
- il nesso di causa tra colpa e danno.

La sentenza viene quindi cassata con rinvio alla Corte d'Appello, la quale dovrà esaminare la domanda di risarcimento del danno, valutando separatamente la sussistenza dei requisiti di buona fede ed incolpevolezza sopra esposti, applicando il seguente principio di diritto:

"(...) per stabilire se una banca abbia correttamente o meno segnalato alla Centrale dei Rischi l'inadempimento d'una obbligazione del cliente, non è sufficiente valutare ex post se, all'esito del giudizio tra banca e cliente, le eccezioni da questi fraposte all'adempimento dei propri obblighi si siano rivelate infondate; è necessario invece stabilire, con valutazione ex ante, se al momento in cui il cliente ha rifiutato l'adempimento delle proprie obbligazioni i motivi del rifiuto apparissero oggettivamente non infondati, e prospettati in buona fede. L'onere della relativa

prova grava su chi domanda il risarcimento del danno da illegittima segnalazione alla Centrale dei Rischi".

Corte di Cassazione, Sez. VI Civ., Ordinanza 9 febbraio 2021, n. 3011

Massima

Un assicurato può concludere una polizza multirischio, ossia un solo contratto che copra contemporaneamente sia il rischio di responsabilità civile, che quello di tutela legale.

In questa ipotesi le cosiddette “spese di resistenza”, vale a dire gli esborsi sostenuti dall’assicurato per resistere alla domanda risarcitoria avanzata dal terzo danneggiato, rientrano nella prima copertura e non nella seconda. L’art. 1917, comma 3, c.c., norma non derogabile se non in senso più favorevole all’assicurato, dispone che tali spese siano a carico dell’assicurazione fino al limite del 25% del massimale.

“Ne consegue che eventuali clausole limitative del rischio, contrattualmente previste per la sola assicurazione di tutela legale, sono inopponibili all’assicurato che domandi la refusione delle spese di resistenza ai sensi del citato art. 1917 c.c.”

Caso di specie

Un medico era convenuto in giudizio per il risarcimento dei danni derivanti dall’erronea esecuzione di un intervento di bypass coronarico.

Il dottore chiamava in manleva la propria assicurazione, la quale contestava l’efficacia del contratto.

In primo grado, la domanda attorea veniva accolta e anche la domanda di garanzia nei limiti della quota di responsabilità attribuita all’assicurato; invece, le spese di lite nel rapporto processuale tra assicurato e assicuratore venivano compensate.

Il medico impugnava la sentenza, lamentando le seguenti circostanze:

- l’assicuratore non era stato condannato alla refusione delle spese di lite da lui sostenute per difendersi dalla domanda risarcitoria del danneggiato;
- le spese di lite erano state compensate.

A sua volta, la compagnia assicurativa impugnava in via incidentale la sentenza di prime cure lamentando il rigetto delle proprie eccezioni in ordine:

- all'inoperatività della polizza per violazione delle clausole *claims made*, poiché la prima richiesta risarcitoria era giunta all'assicurato anteriormente alla decorrenza della copertura assicurativa;
- l'inoperatività della polizza in quanto stipulata a secondo rischio;
- la prescrizione ai sensi dell'art. 2952 c.c. in relazione ai diritti contrattuali vantati dall'assicurato.

La Corte d'Appello accoglieva l'appello principale del medico e rigettava quello incidentale dell'assicurazione.

Si arriva dunque in Cassazione.

Motivi della decisione

Nella fattispecie in esame il danno si era verificato nel 2007, mentre la polizza era stata stipulata nel 2012.

La polizza delimitava temporalmente il rischio e comprendeva nella copertura assicurativa anche i fatti commessi dall'assicurato anteriormente alla stipula del contratto, purché il terzo danneggiato ne chiedesse il risarcimento durante il periodo di efficacia della polizza.

Conseguentemente, secondo gli Ermellini, il danno rientra pienamente nell'alveo del contratto assicurativo.

Quanto alle spese legali, l'art. 1917, comma 3, c.c. dispone che *“le spese sostenute per resistere all'azione del danneggiato contro l'assicurato sono a carico dell'assicuratore nei limiti di $\frac{1}{4}$ della somma assicurata. Tuttavia, nel caso che sia dovuta al danneggiato una somma superiore al capitale assicurato, le spese giudiziali si ripartiscono tra assicuratore e assicurato in proporzione del rispettivo interesse”*.

Trattasi di norma non derogabile, se non nel senso più favorevole all'assicurato, in quanto espressamente richiamata dall'art. 1932 c.c.

Dunque, secondo il percorso argomentativo seguito dai Giudici di legittimità, *“(…) ammettere che l'assicuratore della responsabilità civile, per determinati fatti commessi dall'assicurato, possa essere obbligato a manlevare l'assicurato dalle pretese risarcitorie del terzo, ma non a rifondergli le spese di resistenza, significherebbe derogare all'art. 1917 c.c., comma 3: deroga, come s'è detto, vietata dall'art. 1932 c.c.”*.

Occorre precisare che l'obbligo gravante sull'assicuratore di tenere indenne l'assicurato dalle spese di lite rappresenta un'obbligazione accessoria rispetto a quella principale.

Detto obbligo si ritiene escluso qualora l'assicurato abbia scelto di difendersi senza avervi interesse o senza poter ricavare alcuna utilità (Cass. 5479/2015).

Infatti, l'art. 1917, comma 3, c.c., si riferisce alle spese sostenute "per resistere" ed esclude quelle che siano state sostenute non per attività di resistenza alle pretese del terzo, ma per attività complementari ad essa (Cass. 10595/2018; Cass. 14107/2019).

L'assicurazione ritiene che il Giudice di merito abbia erroneamente interpretato il contratto laddove era prevista un'assicurazione per la tutela legale, oltre a quella per la responsabilità civile.

In proposito, la Corte ha ripercorso la natura, i presupposti e la disciplina di tale forma assicurativa.

Il Codice delle Assicurazioni (art. 173 D.Lgs. n. 209/2005) la definisce come:

“il contratto con il quale l'impresa di assicurazione, verso pagamento di un premio, si obbliga a prendere a carico le spese legali peritali o a fornire prestazioni di altra natura, occorrenti all'assicurato per la difesa dei suoi interessi in sede giudiziale, in ogni tipo di procedimento, o in sede extragiudiziale, soprattutto allo scopo di conseguire il risarcimento di danni subiti o per difendersi contro una domanda di risarcimento avanzata nei suoi confronti, purché non proposta dall'impresa che presta la copertura assicurativa di tutela legale”.

Si tratta di un'assicurazione patrimoni, contro il sorgere di un debito.

Anche l'assicurazione della responsabilità civile deve tenere indenne l'assicurato dalle spese sostenute per resistere alla pretesa risarcitoria del terzo nel limite di $\frac{1}{4}$ (o del 25%) del massimale. Quindi, l'assicurazione della responsabilità civile copre, per legge, il rischio di sostenere le spese legali.

Se un soggetto, come nel caso in esame, stipula un solo contratto che copre:

- la responsabilità civile;
- il rischio di esborsi per spese legali;

ricorre l'ipotesi di un'assicurazione multirischio.

In ogni caso, l'art. 1917, comma 3, c.c. è una norma inderogabile, pertanto, l'effetto della contestuale stipula delle due polizze è il seguente:

a) l'assicurazione di responsabilità civile copre il rischio relativo alle spese legali sostenute dall'assicurato per resistere alla domanda risarcitoria contro di lui proposta da un terzo (nel limite del 25% del massimale);

b) l'assicurazione di tutela legale copre le restanti spese legali (salvo diversa delimitazione del rischio), vale a dire:

“le spese legali sostenute per introdurre una lite nella veste di attore;

le spese legali per resistere ad una domanda non avente ad oggetto il risarcimento del danno da fatto illecito od inadempimento contrattuale;

le spese legali extragiudiziali;

le spese legali eccedenti il 25% del massimale garantito dalla copertura di r.c.”

La Suprema Corte ha quindi rigettato il motivo di ricorso presentato dalla compagnia assicuratrice ed enunciato il seguente principio di diritto:

“(…) se la medesima polizza copra contemporaneamente sia il rischio di responsabilità civile, sia quello di tutela legale, le spese sostenute dall'assicurato per resistere alla domanda risarcitoria contro di lui proposta dal terzo danneggiato rientrano nella prima copertura e non nella seconda, fino al limite del 25% del massimale, ai sensi dell'art. 1917 c.c., comma 3. Ne consegue che eventuali clausole limitative del rischio, contrattualmente previste per la sola assicurazione di tutela legale, sono inopponibili all'assicurato che domandi la refusione delle spese di resistenza ai sensi del citato art. 1917 c.c.”.

L'assicurazione ha lamentato poi l'omessa pronuncia, da parte della sentenza gravata, sull'eccezione di prescrizione e sull'inoperatività della polizza per reticenza dell'assicurato.

La Corte ha accolto ambedue le doglianze, in particolare, con riguardo alle dichiarazioni inesatte dell'assicurato, con dolo o colpa grave, l'art. 1892 c.c. dispone che siano causa di annullamento del contratto.

Nel caso in esame, era emerso che la clinica presso cui l'assicurato lavorava all'epoca dei fatti lo avesse informato della richiesta risarcitoria pervenuta da parte del terzo danneggiato, tanto che egli aveva, altresì, domandato una relazione sull'accaduto.

Ebbene, la compagnia assicurativa aveva chiesto di provare tale circostanza per testimoni e attraverso l'ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c.

La Corte d'Appello aveva rigettato l'eccezione ex art. 1892 c.c. perché non provata e aveva rigettato le richieste istruttorie tese a dimostrare la

fondatezza dell'eccezione. In tal modo è stato violato il principio per cui:

"(...) il giudice non può, senza contraddirsi, imputare alla parte di non assolvere all'onere di provare i fatti costitutivi della domanda, e poi negarle la prova offerta" (Cass. S.U. 789/1963, Cass. Ord. 17981/2020; Cass. Ord. 4155/2020; Cass. Ord. 8466/2020).

Dalla violazione di tale principio discende la nullità della sentenza, per contraddittorietà insanabile.

In conclusione, la Cassazione ha affermato che le eventuali pattuizioni di polizza relative all'assicurazione di tutela legale siano irrilevanti al fine di escludere il diritto dell'assicurato alla refusione delle spese di resistenza.

Infatti, in tal caso, sono inopponibili all'assicurato - che domandi il rimborso delle spese ex art. 1917 c. 3 c.c. - le eventuali clausole limitative del rischio, previste per la sola assicurazione di tutela legale.

NOVITÀ NORMATIVE

Legge 26 febbraio 2021 n. 21: norme in materia di contratti pubblici nella conversione, con modificazioni, in legge del D.L. 31 dicembre 2020, n. 183 (c.d. “Milleproroghe”)

Con la legge 26 febbraio 2021, n. 21 è stata disposta la conversione in legge, con modificazioni, del Decreto Legge 31 dicembre 2020, n. 183 (c.d. “Milleproroghe”).

In particolare, tra le previsioni recate da tale provvedimento vale segnalare, in materia di contratti pubblici, le modifiche apportate in sede di conversione all’art. 13 del predetto D.L., nei termini di seguito specificati:

- è stata prorogata fino al 31 dicembre 2021 la previsione relativa all’importo dell’anticipazione prevista dall’articolo 35, comma 18, del Codice dei contratti pubblici - secondo cui l’importo di tale anticipazione può essere incrementato fino al 30%, nei limiti e compatibilmente con le risorse annuali stanziare per ogni singolo intervento a disposizione della stazione appaltante;
- è stata estesa a tutto l’anno 2021 la previsione, inizialmente disposta per i soli anni 2019 e 2020, secondo cui i contratti di lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria - ad esclusione degli interventi di manutenzione straordinaria che prevedono il rinnovo o la sostituzione di parti strutturali delle opere o di impianti - possono essere affidati, nel rispetto delle procedure di scelta del contraente previste da Codice, sulla base del progetto definitivo costituito almeno da una relazione generale, dall’elenco dei prezzi unitari delle lavorazioni previste, dal computo metrico-estimativo, dal piano di sicurezza e di coordinamento con l’individuazione analitica dei costi della sicurezza da non assoggettare a ribasso. Con la precisazione che l’esecuzione dei predetti lavori può prescindere dall’avvenuta redazione e approvazione del progetto esecutivo;
- è stata prorogata fino al 30 giugno 2021 la disposizione secondo cui, nelle more di una complessiva revisione del Codice dei contratti pubblici di cui al D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, in deroga all’art. 105, comma 2, di tale Codice e fatto salvo quanto previsto dal comma 5 del predetto articolo del medesimo Codice, il subappalto è indicato dalle stazioni appaltanti nel bando di gara e non può superare la quota del 40 per cento dell’importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture. È stata inoltre prorogata fino al 31 dicembre 2021 la sospensione delle disposizioni di cui al comma 6 del citato art. 105 del Codice, recante l’obbligo di indicazione della terna di subappaltatori, e del terzo periodo del comma 2 dell’art. 174 del Codice stesso, nonché

SOMMARIO

le correlate verifiche in sede di gara all'uopo prescritte in capo ai subappaltatori indicate ai sensi dell'art. 80 del Codice in esame.

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
