

LEAP

NEWSLETTER

NEWSLETTER DEL 23 MARZO 2021

GIURISPRUDENZA

Contratti Pubblici e Diritto Amministrativo	3
Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 18 marzo 2021 n. 5	
Tar Lazio, sez. I, 19 febbraio 2021, n. 2104	5
Antitrust & Regulatory	
Provvedimento n. 28563 del 9 febbraio 2021 dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato	7
Diritto Civile e Processuale Civile	9
Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, ordinanza 3 novembre 2020, n. 4365	
Corte di Cassazione, Sez. VI Civile, ordinanza 21 gennaio 2021, n. 1096	17

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, del 18 marzo 2021 n. 5

Massima

La consorziata di un consorzio stabile non designata ai fini dell'esecuzione dei lavori, è equiparabile, ex art. 63 della direttiva 24/2014/UE e art. 89, comma 3, del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e s.m.i., all'impresa ausiliaria nell'avvalimento, sicché la perdita da parte della stessa del requisito impone alla stazione appaltante di ordinarne la sostituzione.

Caso di specie

Invitalia ha indetto una gara per l'affidamento di lavori di realizzazione di un sistema fognario.

Alla procedura di gara ha partecipato, in particolare, un consorzio stabile in possesso della qualificazione nella categoria OS35 (in base al principio del "*cumulo alla rinfusa*"), attestata tramite una consorziata non designata per l'esecuzione dei lavori. Al riguardo mette conto evidenziare che detta consorziata, a sua volta, derivava la qualificazione da un rapporto di avvalimento con altra società.

Il menzionato consorzio stabile è risultato aggiudicatario della gara ma, in seguito all'esperimento dei controlli, Invitalia ha rilevato che:

- durante la procedura ad evidenza pubblica era venuto meno il rapporto di avvalimento tra la consorziata non esecutrice e la società ausiliaria (per volontà di quest'ultima);
- la SOA che aveva rilasciato l'attestazione di che trattasi ha pertanto dichiarato decaduti dal possesso della categoria OS35 sia la consorziata che, di conseguenza, il consorzio stabile;

- il consorzio medesimo ha poi proceduto alla sostituzione della consorziata, includendo l'ausiliaria direttamente nella propria compagine consortile quale consorziata.

In ragione di quanto sopra, la stazione appaltante ha ritenuto di annullare in autotutela il provvedimento di aggiudicazione adottato in favore del consorzio stabile, ritenendo violato nella fattispecie il principio di continuità nel possesso dei requisiti.

Il consorzio stabile ha dunque impugnato il citato provvedimento di Invitalia innanzi al Tar Sicilia, che ha tuttavia respinto il ricorso.

La sentenza di primo grado è stata gravata dal consorzio stabile innanzi il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia (C.G.A.R.S.); in tale sede parte appellante, a suffragio delle proprie domande, ha rimarcato la necessaria equiparazione della consorziata non esecutrice ad una società ausiliata che potrebbe, pertanto, essere oggetto sostituzione in caso di perdita dei requisiti.

In ragione della questione sollevata in giudizio, e dei sensibili contrasti sussistenti al riguardo, il C.G.A.R.S. si è infine determinata a sottoporre il tema all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

Motivi della decisione

In buona sostanza, il C.G.A.R.S. ha chiesto all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato di accertare se, nel caso di un consorzio stabile, la consorziata non designata ai fini dell'esecuzione dei lavori debba essere considerata soggetto terzo rispetto all'organismo consortile.

Se così fosse, infatti, attesa l'equiparazione che verrebbe a determinarsi con l'impresa ausiliaria nell'avvalimento, ne deriverebbe che, anche nel caso in cui la consorziata dovesse perdere il requisito di qualificazione in corso di gara, potrebbe e dovrebbe applicarsi l'art. 89, comma 3, del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, con conseguente possibilità per il consorzio stabile di procedere alla sostituzione della stessa, in deroga al principio dell'obbligo del possesso continuativo dei requisiti nel corso della gara e fino all'affidamento dei lavori.

A tale quesito l'Adunanza Plenaria del Supremo Consesso ha ritenuto di fornire risposta affermativa, per le ragioni che seguono.

L'Adunanza Plenaria ha preliminarmente osservato che il consorzio stabile (di cui all'art. 45, comma 2, lett. c), del Codice dei contratti pubblici), a

differenza di quello ordinario, dà vita ad una stabile struttura di impresa collettiva la quale - nonostante presenti una propria soggettività giuridica con autonomia patrimoniale - rimane tuttavia distinta e autonoma rispetto alle aziende dei singoli imprenditori.

A ciò si aggiunga che solo le consorziate designate come esecutrici partecipano alla gara e concordano l'offerta, assumendo una responsabilità in solido con il consorzio stabile nei confronti della stazione appaltante. Per le altre (consorziate indicate come esecutrici) il consorzio si limita infatti mutuarne, *ex lege*, i requisiti oggettivi, senza che dà ciò discenda alcun vincolo di responsabilità solidale per l'eventuale mancata o erronea esecuzione dell'appalto.

Si è pertanto dinanzi ad un rapporto molto simile a quello dell'avvalimento, seppur di carattere meno intenso, per la detta assenza del vincolo di responsabilità solidale.

In ragione di quanto sopra, l'Adunanza ha ritenuto perciò logicamente applicabile l'art. 89, comma 3, del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 - che impone la sostituzione dell'impresa ausiliaria nei termini di cui sopra - nel caso di una consorziata non esecutrice di un consorzio stabile che abbia perduto, in corso di gara, uno dei requisiti prestati ai fine della qualificazione.

L'Adunanza ha infine precisato che la decisione assunta non scalfisce in alcun modo il principio - oramai pienamente condiviso e consolidato - della necessaria continuità nel possesso dei requisiti, né il più generale principio di immodificabilità soggettiva del concorrente.

La decisione è, al contrario, coerente con siffatti principi, costituendo la sostituzione uno strumento nuovo e alternativo che, alla luce del principio di proporzionalità, consente proprio di dar seguito a quella continuità predicata dall'Adunanza Plenaria nel 2015, in tutti i casi in cui il concorrente si avvalga dell'ausilio (che, alle volte, può rivelarsi claudicante) di operatori terzi. La sostituzione in esame permette infatti di evitare l'esclusione del concorrente, singolo o associato, per ragioni a lui non direttamente riconducibili o imputabili.

**Tar Lazio, sez. I, 19 febbraio
2021, n. 2104**

Massima

In caso di esperimento della procedura negoziata prevista ai sensi dell'art. 1 D.L. n. 76/2020, in relazione alla fase di verifica delle offerte anomale la stazione appaltante è comunque obbligata a procedere secondo il meccanismo dell'esclusione automatica richiamato dall'art. 1, comma 3, del Decreto in parola, e ciò anche ove non espressamente previsto negli atti gara, in applicazione.

Caso di specie

L'impresa aggiudicataria di una procedura negoziata indetta ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. b), del D.L. 16 luglio 2020 n.76 (convertito con modificazioni in legge n. 120/2020, c.d. "Decreto Semplificazioni") è stata esclusa a seguito dell'applicazione del meccanismo di verifica delle offerte anomale con esclusione automatica attuato ai sensi dell'art. 1, comma 3, del citato Decreto Semplificazioni. Di modo che l'operatore economico escluso ha poi proposto ricorso innanzi al TAR Lazio, lamentando l'illegittimità della detta esclusione automatica e, segnatamente, della scelta della stazione appaltante di non tener conto di quanto disposto dalla lettera di invito e di applicare l'art. 1, comma 3, del Decreto Semplificazioni suddetto, nonostante l'assenza di una espresso richiamo in tal senso nella *lex specialis* di gara.

Motivi della decisione

Nel ritenere il ricorso infondato, il TAR Lazio ha osservato che:

- la disposizione di cui all'art. 1, comma 3, del Decreto Semplificazioni detta una disciplina temporanea e derogatoria al Codice, da applicarsi agli affidamenti di importo inferiore alla soglia UE, dettata dall'esigenza di *"(...) incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici"* e *"(...) far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del COVID-19"*;
- in caso di aggiudicazione secondo il criterio del prezzo più basso (come nella fattispecie scrutinata), tale disciplina prevede che *"le stazioni appaltanti procedono all'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia (...) anche qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque"*;
- il suddetto meccanismo di esclusione automatica opera obbligatoriamente, *"senza necessità di inserimento negli atti di indizione delle procedure stesse"*, sicché *"(...)"*

- esso non è oggetto di una facoltà liberamente esercitabile dalla stazione appaltante”;*
- difatti, “(...) *l’introduzione di una mera facoltà vanificherebbe lo scopo di semplificazione sotteso alla normativa in esame*”, volta, tra l’altro, ad assicurare che l’affidabilità dei contraenti con la pubblica amministrazione sia accertata “(...) *in tempi compatibili con un sollecito svolgimento della procedura di gara*”;
 - in definitiva, la *lex specialis* di gara è in tal senso suscettibile di eterointegrazione da parte della disposizione in parola.

Ciò posto, l’automatismo con il quale opera l’esclusione delle offerte ‘anomale’ impedisce di ravvisare nel caso di specie la lamentata violazione della *par condicio*, per aver la stazione appaltante proceduto all’annullamento della sola aggiudicazione inizialmente disposta in favore della società ricorrente, e non anche di tutti gli atti di gara, con conseguente rinnovo della procedura.

Lo stesso principio della *par condicio* costituisce del resto un canone “(...) *di norma riferibile ad attività valutative delle pubbliche amministrazioni, caratterizzate da esercizio di discrezionalità*” e “(...) *non anche a un’attività vincolata quale quella diretta all’individuazione dell’offerta non anomala*”.

Provvedimento n. 28563 del 9 febbraio 2021 dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Massima

La mancata rimodulazione, o in alternativa il rimborso, dei canoni mensili a carico degli abbonati delle pay tv durante la sospensione degli eventi sportivi legata all’emergenza Covid costituisce una violazione degli artt. 20, 22, 24 e 25 del Codice del Consumo.

Caso di specie

Con la delibera del 21 maggio del 2020, l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (“AGCM”) avviava il procedimento PS11778 recante “*rimborso pacchetto calcio*” nei confronti della principale

emittente di competizioni sportive nel mercato italiano. Più in particolare, venivano imputate ad essa tre condotte illecite: *i)* il mancato riconoscimento della rimodulazione e/o del rimborso automatico dei canoni mensili dei pacchetti, dal momento in cui gli eventi sportivi in diretta sono stati sospesi e sino alla ripresa degli stessi; *ii)* l'omissione o l'inadeguata e/o intempestiva indicazione, nell'adozione dello "sconto coronavirus", di informazioni in merito alla sussistenza dello sconto, alle modalità ed ai tempi per aderirvi; *iii)* l'imposizione di ostacoli alla fruizione dello "sconto coronavirus" da parte dei clienti interessati.

Motivi della decisione

Secondo l'AGCM la condotta *sub i)* integra una pratica commerciale scorretta, in violazione dell'art. 20, comma 2, del Codice del Consumo (di seguito "Cod. Cons."), in quanto il professionista, a fronte della impossibilità sopravvenuta dell'esecuzione della prestazione oggetto del contratto, non ha provveduto in forma automatica e di propria iniziativa a rimodulare e/o rimborsare i canoni riferiti agli abbonamenti per tutto il periodo di sospensione della trasmissione degli eventi sportivi in diretta. Condotta che, secondo l'Autorità, è stata commessa in modo consapevole, specie considerato la pratica ingannevole *sub ii)*, contraria all'art. 22 Cod. Cons., avendo il Professionista ommesso di fornire in modo adeguato e tempestivo informazioni in merito alla sussistenza, alle modalità ed ai tempi di fruizione dello "*Sconto coronavirus*" che sarebbe spettato agli abbonati durante la sospensione delle competizioni sportive. Infine, sempre a sostegno del quadro accusatorio dell'AGCM, tale ricostruzione sarebbe ulteriormente confermata dalla condotta *sub iii)* con la quale l'emittente televisiva si è rifiutata di riconoscere la riduzione di prezzo ai clienti titolari di un abbonamento ancora in corso nel periodo di validità dell'iniziativa per il quale fosse stata già presentata disdetta si configura come un ostacolo non contrattuale in violazione degli artt. 24 e 25 lettera d) del Codice del Consumo all'esercizio della facoltà di avvalersi dello sconto loro spettante in ragione della titolarità dell'abbonamento ancora pendente.

Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, ordinanza 3 novembre 2020, n. 4365

Massima

Le controversie relative all'applicazione di sanzioni amministrative irrogate dalla Banca d'Italia ai sensi dell'art. 145 del D.Lgs. n. 385/1993 (c.d. Testo Unico Bancario) per violazioni commesse nell'esercizio dell'attività bancaria sono devolute alla giurisdizione del Giudice ordinario, la cui cognizione si estende agli atti amministrativi e regolamentari presupposti che hanno condotto all'emissione del provvedimento finale, i quali a loro volta costituiscono la concreta e diretta ragione giustificativa della potestà sanzionatoria esercitata nel caso concreto ed incidono pertanto su posizioni di diritto soggettivo del destinatario.

Caso di specie

La vicenda sottoposta al vaglio degli Ermellini prende le mosse dalla pronuncia con la quale il Consiglio di Stato, riformando una sentenza in precedenza emessa dal TAR del Lazio, ha dichiarato la giurisdizione del Giudice amministrativo sull'atto regolamentare presupposto a monte del provvedimento sanzionatorio emesso dalla Banca d'Italia ai sensi dell'art. 145 del D.Lgs. n. 385/1993 (TUB) per la consumazione di alcune violazioni al testo unico bancario e delle disposizioni di attuazione riscontrate a seguito degli accertamenti ispettivi svolti tra il 2014 ed il 2015.

La Banca d'Italia ha proposto ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 Costituzione e art. 362 c.p.c.

Secondo quanto contestato dalla ricorrente, il Consiglio di Stato non avrebbe considerato che la materia delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dalla Banca d'Italia per la violazione della normativa bancaria e finanziaria è

espressamente devoluta dalla legge al Giudice ordinario ai sensi di quanto disposto dall'art. 145, comma 4, TUB.

La Banca d'Italia ha inoltre eccepito che il Giudice amministrativo d'appello non aveva correttamente valutato che la cognizione degli atti presupposti di un provvedimento asseritamente illegittimo deve seguire le regole della giurisdizione relative all'impugnazione del provvedimento stesso.

Motivi della decisione

Il quesito sottoposto alle Sezioni Unite della Suprema Corte riguarda la possibilità di attribuire o meno la cognizione degli atti amministrativi e regolamentari presupposti al Giudice che ha la giurisdizione sul provvedimento di irrogazione della sanzione amministrativa ritenuto asseritamente illegittimo.

Nel richiamare un proprio recente orientamento giurisprudenziale, la Cassazione ha dato una risposta affermativa a tale quesito, avendo già avuto modo di affermare che le controversie relative all'applicazione delle sanzioni amministrative irrogate dalla Banca d'Italia ai sensi dell'art. 145 TUB per violazioni commesse nell'esercizio dell'attività bancaria debbono essere devolute alla giurisdizione del Giudice ordinario.

La cognizione del Giudice ordinario si estende infatti agli atti amministrativi e regolamentari presupposti che hanno condotto all'emissione del provvedimento finale con il quale è stata irrogata la sanzione, in quanto essi rappresentano la ragione giustificativa della potestà sanzionatoria incidendo su posizioni di diritto soggettivo.

La Suprema Corte ha ricordato al riguardo che la giurisdizione va determinata sulla base della domanda e, ai fini del riparto tra Giudice ordinario e Giudice amministrativo, rileva non la prospettazione compiuta dalle parti bensì il *petitum* sostanziale.

Quest'ultimo va identificato non solo in base al provvedimento che si chiede al Giudice, ma anche alla *causa petendi*, essendo necessario indagare sulla effettiva natura della controversia in relazione alle caratteristiche del particolare rapporto dedotto in giudizio ed alla consistenza delle situazioni giuridiche soggettive in cui esso si articola e si svolge.

Con riferimento al tema delle sanzioni amministrative, le Sezioni Unite hanno peraltro già avuto modo di affermare che il sindacato del Giudice del provvedimento sanzionatorio si estende, in

ossequio al principio *accessorium sequitur principale*, alla validità sostanziale del rapporto presupposto, concernendo tutte le fasi procedurali in cui lo stesso si scandisce, nonché gli atti presupposti e regolamentari posti a fondamento dell'emissione del provvedimento impugnato, i quali delineano il *modus* di esercizio della *potestas iudicandi*.

In merito al procedimento sfociato nell'emissione da parte della Banca d'Italia della sanzione amministrativa ex art. 145 TUB, gli Ermellini hanno dunque osservato che la cognizione degli atti presupposti va riconosciuta in capo al Giudice che, in ordine al medesimo, ha giurisdizione costituendo questi ultimi la concreta e diretta ragione giustificativa della potestà sanzionatoria esercitata.

La valutazione dell'esercizio dei poteri da parte dell'Autorità spetta, in altri termini, al Giudice a cui spetta la giurisdizione sul provvedimento finale che di tali poteri costituisce espressione. Le Sezioni Unite hanno pertanto accolto il ricorso, cassando la sentenza e dichiarando conseguentemente la giurisdizione del Giudice ordinario.

Corte di Cassazione, Sez. VI Civile, ordinanza 21 gennaio 2021, n. 1096

Caso di specie

Un creditore notificava ai condebitori atto di precetto per il pagamento di un importo di circa Euro 120.000,00, sulla base di un atto di cessione di quote ereditarie sottoscritto dalle parti e oggetto di rogito notarile.

I condebitori reagivano all'intimazione proponendo una opposizione ex art. 617, comma 1, c.p.c. e affermando, tra l'altro, che l'atto di precetto non era stato preceduto dalla notificazione del titolo esecutivo.

Il Tribunale di Roma rigettava l'opposizione e argomentava la decisione con l'irrilevanza del vizio lamentato, derivante dalla circostanza che la contestazione della mancata notificazione del titolo

non era stata accompagnata dalla deduzione di una specifica lesione del diritto di difesa. Contro tale pronuncia gli intimati proponevano ricorso per cassazione, censurando in particolare la violazione degli artt. 479, 480, comma 2, c.p.c. e 617 c.p.c.

Motivi della decisione

La Suprema Corte, rilevato il carattere manifestamente fondato del ricorso, con l'ordinanza in commento ha inevitabilmente confermato come la mancata notificazione del titolo esecutivo dia origine ad una invalidità formale, che si fa valere con il rimedio esperito dai ricorrenti. Correlativamente, l'argomento speso dal Giudice di primo grado (fondato su un orientamento giurisprudenziale riguardante le irregolarità processuali in generale) non può trovare applicazione nel caso in esame, essendo la nullità del precetto espressamente prevista dall'art. 480, comma 2, c.p.c. (*“Il precetto deve contenere a pena di nullità l'indicazione delle parti, della data di notificazione del titolo esecutivo, se questa è fatta separatamente, o la trascrizione integrale del titolo stesso, quando è richiesta dalla legge”*). La previsione legale della nullità equivale ad una valutazione preventiva ed astratta del legislatore circa la sussistenza di un pregiudizio certo del diritto di difesa del debitore *“al quale la legge intende assicurare la possibilità di raffrontare le pretese creditorie con il tenore del titolo esecutivo su cui le stesse si fondano”*. Occorre dunque sottolineare che, se con la mancata notificazione del titolo si dà vita ad una invalidità 'formale' del precetto, l'esigenza ad essa sottesa di regola non manca di avere un peso anche 'sostanziale' e non contraddice, bensì inverte la posizione di assoggettamento del debitore alle pretese creditorie, che non implica la rimozione di alcuni presidi fondamentali. Così non viene meno il diritto del debitore a dedurre l'illegittimità degli atti prodromici all'esecuzione e/o dell'azione esecutiva. La pronuncia del Tribunale di Roma è pertanto cassata, con dichiarazione di nullità del precetto e con condanna del creditore opposto al pagamento delle spese di lite, sia del giudizio di merito che di quello di legittimità.

SOMMARIO

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
