

LEAP

NEWSLETTER

NEWSLETTER DEL 3 DICEMBRE 2020

GIURISPRUDENZA	3
Contratti Pubblici e Diritto Amministrativo	3
➤ Consiglio di Stato, Sez. III, 24 novembre 2020, n. 7352 - Procedure telematiche: responsabilità del concorrente in presenza di malfunzionamenti della piattaforma di gara	3
➤ TAR Piemonte, Sez. I, 17 novembre 2020, n. 736 - Esclusione automatica delle offerte anomale ai sensi dell'art. 1 del D.L. n. 76/2020	6
Diritto Civile e Processuale Civile	10
➤ Corte di Cassazione, Sez. III Civile, ordinanza, 18 novembre 2020, n. 26304 - E' nulla la notifica dell'appello al difensore in primo grado già revocato	10
➤ Corte di Cassazione, Sez. I Civile, 9 novembre 2020, n. 25056 - Se viene eccepita la responsabilità degli amministratori, spetta alla società provare la violazione della diligenza	12
DELIBERE E COMUNICATI	18
Contratti Pubblici e Diritto Amministrativo	18
➤ AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE - Comunicato del Presidente del 11 novembre 2020 in materia di project financing	18

GIURISPRUDENZA

CONTRATTI
PUBBLICI E DIRITTO
AMMINISTRATIVO

- **Consiglio di Stato, Sez. III, 24 novembre 2020, n. 7352-Procedure telematiche: responsabilità del concorrente in presenza di malfunzionamenti della piattaforma di gara**

Massima

L'esperienza e abilità informatica dell'utente, la stima dei tempi occorrenti per il completamento delle operazioni di upload, la preliminare e attenta lettura delle istruzioni procedurali, il verificarsi di fisiologici rallentamenti conseguenti a momentanea congestione del traffico, sono tutte variabili che il partecipante ad una gara telematica deve avere presente e preventivare quando si accinge all'effettuazione di un'operazione così importante per la propria attività di operatore economico, non potendo il medesimo pretendere che l'amministrazione, oltre a predisporre una valida piattaforma di negoziazione operante su efficiente struttura di comunicazione, si adoperi anche per garantire il buon fine delle operazioni, qualunque sia l'ora di inizio delle stesse, prescelto dall'utente, o lo stato contingente delle altre variabili sopra solo esemplificativamente indicate.

Caso di specie

La stazione appaltante indicava una procedura aperta, da espletarsi con modalità telematica, per l'affidamento del servizio di vigilanza armata presso le strutture dell'amministrazione sanitaria. Alla suddetta procedura concorreva la ricorrente in primo grado che, tuttavia, iniziava le operazioni di caricamento dei *files* necessari alla presentazione dell'offerta nella mattinata del giorno di scadenza e, per un rallentamento nel funzionamento della piattaforma, non riusciva ad inoltrare la domanda di partecipazione, con conseguente esclusione dalla gara.

In siffatto contesto, quindi, la predetta esclusione veniva contestata dinanzi al TAR Puglia, che accoglieva il ricorso ritenendo sussistente un malfunzionamento della piattaforma telematica utilizzata.

Avverso la sentenza di prime cure, la stazione appaltante ha proposto appello dinanzi al Consiglio di Stato, deducendo come nel file di log non vi fosse traccia di alcuna anomalia, in quanto l'avviso "*sessione già in uso*, ritenuto un malfunzionamento dalla parte ricorrente in primo grado, rappresentava invece un semplice avvertimento, generato dal sistema tutte le volte in cui l'operatore sospendeva o chiudeva il browser senza effettuare il procedimento di logout.

Motivi della decisione

Il Consiglio di Stato ha richiamato l'orientamento formatosi sul punto, secondo cui "*(...) non può essere escluso dalla gara un concorrente che abbia curato il caricamento della documentazione di gara sulla piattaforma telematica entro l'orario fissato per tale operazione, ma non è riuscito a finalizzare l'invio a causa di un malfunzionamento del sistema, imputabile al gestore*" (Cons. Stato, sez. V, n. 7922/2019 e Cons. Stato, sez. III, n. 86/2020; 4811/2020). *Nel medesimo senso si è chiarito che "se rimane impossibile stabilire con certezza se vi sia stato un errore da parte del trasmittente o, piuttosto, la trasmissione sia stata danneggiata per un vizio del sistema, il pregiudizio ricade sull'ente che ha bandito, organizzato e gestito la gara"*.

Sulla base di tali principi il Collegio ha affermato che nel caso di specie l'Amministrazione ha dimostrato, attraverso il deposito del file log, ossia di report tecnici ricostruenti le interazioni tra utente e sistema informatico nel periodo di interesse, l'assenza di anomalie o malfunzionamenti della piattaforma prescelta per la gara.

Tanto precisato, ha evidenziato quindi che il concorrente che si appresta alla partecipazione di una gara telematica, fruendo dei grandi vantaggi logistici e organizzativi che l'informatica fornisce ai fruitori della procedura, è consapevole che occorre un certo tempo per eseguire materialmente le procedure di *upload*, e che tale tempo dipende in gran parte dalla performance dell'infrastruttura di comunicazione (lato utente e lato stazione appaltante), quest'ultima a sua volta interferita da variabili fisiche o di traffico.

Trattasi della dinamica fisiologica e ampiamente prevedibile dei fattori impiegati per la comunicazione elettronica, che dev'essere conosciuta, data per presupposta e accettata nei suoi vantaggi e nei suoi (pochi) svantaggi una volta che il legislatore ha dato ad essa validità; ferma, ovviamente la gestione del vero e proprio malfunzionamento impeditivo della piattaforma di negoziazione per il quale, invece, lo stesso legislatore appronta specifici rimedi, quali la *"sospensione del termine per la ricezione dell'offerte per il periodo necessario a ripristinare il normale funzionamento dei mezzi e la proroga dello stesso per una durata proporzionale alla gravità del mancato funzionamento"* (art. 79, comma 5 bis, del Codice).

In tale chiave ricostruttiva, dunque, il Collegio ha affermato che *"l'esperienza e abilità informatica dell'utente, la stima dei tempi occorrenti per il completamento delle operazioni di upload, la preliminare e attenta lettura delle istruzioni procedurali, il verificarsi di fisiologici rallentamenti conseguenti a momentanea congestione del traffico, sono tutte variabili che il partecipante ad una gara telematica deve avere presente, preventivare e "dominare" quando si accinge all'effettuazione di un'operazione così importante per la propria attività di operatore economico, non potendo il medesimo pretendere che l'amministrazione, oltre a predisporre una valida piattaforma di negoziazione operante su efficiente struttura di comunicazione, si adoperi anche per garantire il buon fine delle operazioni, qualunque sia l'ora di inizio delle stesse, prescelto dall'utente, o lo stato contingente delle altre variabili sopra solo esemplificativamente indicate"*.

Sulla base dei suddetti argomenti il Consiglio di Stato ha perciò accolto l'appello e, per l'effetto, riformato la sentenza gravata, respingendo il ricorso introduttivo.

➤ **TAR Piemonte, Sez. I, 17 novembre 2020, n. 736 - Esclusione automatica delle offerte anomale ai sensi dell'art. 1 del D.L. n. 76/2020**

Massima

In materia di offerte anomale, qualora dagli atti di gara emerga che la procedura sia da collocare nell'alveo della disciplina emergenziale posta dall'art. 1 del Decreto-legge n. 76 del 16 luglio 2020, la disposizione va applicata nella sua interezza, a prescindere da quanto possa essere previsto nella lettera di invito.

Sicché, pure in presenza di previsione in senso contrario nella lettera di invito, non è censurabile l'esclusione automatica di un operatore economico nell'ambito di una procedura negoziata sotto soglia, esperita ai sensi dell'art. 1 del D.L. n. 76/2020, ove questi abbia presentato un'offerta superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'articolo 97, commi 2, 2bis e 2ter, del Codice.

Caso di specie

Veniva indetta, per il tramite di una procedura negoziata da aggiudicarsi secondo il criterio di aggiudicazione del minor prezzo, una gara per l'affidamento del servizio di conduzione e manutenzione degli impianti di riscaldamento di importo inferiore alla soglia comunitaria.

A tal fine il Comune interessato pubblicava un avviso per manifestazione di interesse a partecipare alla procedura negoziata per il servizio in questione; tra gli operatori economici che avevano così manifestato il proprio interesse ne venivano selezionati cinque, tra i quali anche la ricorrente; questi venivano così invitati a presentare un'offerta.

L'offerta della ricorrente presentava il ribasso maggiore; cionondimeno, la stessa veniva

automaticamente esclusa dalla procedura per aver presentato un'offerta con un ribasso superiore alla soglia di anomalia.

A fronte di ciò, la ricorrente presentava istanza di autotutela e chiedeva di essere ammessa a giustificare la sostenibilità della propria offerta; in seguito al rigetto di tale istanza ed alla conferma dell'esclusione, la ditta in parola presentava ricorso al Giudice Amministrativo, in forza dei seguenti motivi:

- a) Violazione e falsa applicazione dell'art. 76, commi 1, 2, 5 bis e 6, del D.lgs. n. 50/2016, oltre che dell'art. 5 *bis* del d.lgs. n. 82/50 e dell'art. 3 della Legge sul procedimento amministrativo. Posto che *“secondo parte ricorrente la sua esclusione non sarebbe stata estrinsecata in un provvedimento formale, avendola la stessa desunta dal MEPA e dalle informazioni assunte presso il RUP”*, da cui il lamentato difetto di motivazione;
- b) Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 del Codice - così come della normativa UE in tema di offerte anomale dettata dall'art. 69 della direttiva 2014/24/UE - e della stessa *lex specialis* di gara, nonché dell'art. 1, comma 3, del D.L. n. 76/2020 [di seguito anche 'Decreto Semplificazioni']. In sintesi, si oppone la violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, atteso che l'esclusione automatica sarebbe ammessa solo ove prevista nel bando e comunque mai quando le offerte sono inferiori a dieci; inoltre, la stessa legge di gara indicava che non sarebbe stata calcolata la soglia di anomalia, sicché la stazione appaltante si sarebbe vincolata a non dare esito ad una tale causa di esclusione.

Infine, *“con riguardo alla normativa emergenziale introdotta dal Decreto Semplificazioni, che ha esteso le ipotesi di esclusione automatica, sarebbe limitata all'emergenza sanitaria e richiederebbe una esplicita motivazione negli atti di gara; comunque la nuova disciplina presenterebbe profili di criticità rispetto alla normativa eurounitaria”*.

Motivi della decisione

Il Tribunale ha primariamente osservato come, essendosi in concreto instaurato un fitto dialogo tra la ricorrente e la SA inerente al motivo dell'esclusione (di cui si dà atto anche nei motivi di ricorso avverso il provvedimento conclusivo della procedura) nel complesso si sia venuto a creare un quadro tale per cui la censura, avanzata con il primo motivo di ricorso, non evidenzia alcuna lesione

sostanziale, assumendo caratteristiche astrattamente formali. Di modo che il primo motivo di ricorso è stato quindi respinto.

Venendo alla seconda doglianza, il Tribunale è sceso nel merito della questione, muovendo dalla ricostruzione dell'attuale contesto normativo in materia di offerte anomale nelle procedure sotto soglia.

Al riguardo l'art. 1 del Decreto Semplificazioni prevede, per i contratti sotto soglia di cui al comma 2, lett. b), l'applicazione della procedura negoziata senza bando previa consultazione di almeno cinque operatori, con la precisazione, al seguente comma, che *"nel caso di aggiudicazione al prezzo più basso, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'articolo 97, commi 2, 2bis e 2ter del Codice, anche qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque"*.

Il Giudice adito ha ricordato in particolare come la disciplina introdotta dal Decreto Semplificazioni sia stata prevista *"(...) al fine di incentivare gli investimenti pubblici ed in deroga al vigente codice dei contratti"*, per far fronte alla crisi economica derivante dalla particolare situazione di emergenza sanitaria; da cui, essa trova applicazione a tutte le procedure di gara - la cui determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento equivalente sia adottato entro il 31 dicembre 2021 - senza distinzione di settori e non solo alle gare strettamente connesse all'emergenza sanitaria.

Ciò premesso, il TAR medesimo ha ritenuto pacifico che nel caso di specie la S.A. abbia inteso indire una gara sotto soglia ai sensi dell'art. 1 del Decreto Semplificazioni suddetto facendo dunque pari applicazione del meccanismo di esclusione automatica delle offerte - il cui valore economico si è collocato al di sopra della soglia di anomalia in applicazione del terzo comma della norma in parola. Di conseguenza, la clausola contenuta nella lettera di invito volta ad escludere il calcolo della soglia di anomalia in caso di ammissione di un numero di offerte pari o superiore a cinque, non può essere *"(...) ritenuta elemento significativo, né nel presente giudizio né nei confronti dei destinatari della lettera di invito, per individuare la corretta disciplina di gara"*. D'altro canto, seppure non espressamente indicato nella lettera d'invito, dalla consultazione di tutta la documentazione di gara pubblicata sul sito della stazione appaltante emerge con chiarezza l'applicabilità della disciplina

emergenziale dettata dal citato art. 1 del Decreto Semplificazioni, da considerarsi fisiologicamente nella sua interezza.

Assunto quindi che la procedura non può che consistere in una procedura negoziata in deroga ex art. 1 del Decreto Semplificazioni, il Collegio ha statuito che il tenore del terzo comma della disposizione in parola non lascia margine di scelta alla stazione appaltante e, pertanto, *“(…) l'effettiva presentazione di cinque offerte in gara ha fatto scattare le condizioni per l'applicazione dell'esclusione automatica, ai sensi dell'art. 1 comma 3 del d.l. n. 76/2020”*, non rilevando a tal fine che il meccanismo di esclusione fosse o meno esplicitamente richiamato dalla lettera di invito o in altri atti di gara.

Quanto poi all'asserito contrasto della disposizione in esame con la disciplina eurounitaria, il Collegio medesimo ha ricordato che, ove gli affidamenti sotto soglia risultino, come nella fattispecie, privi di interesse transfrontaliero, sono applicabili, al più, i principi di derivazione comunitaria e *“(…) in siffatto complessivo specifico contesto non pare al collegio che possano e debbano essere valutate in questa sede problematiche di compatibilità eurounitaria”*.

Secondo il TAR Adito, in definitiva, *“(…) la gara si collochi nell' alveo di una disciplina emergenziale che ha imposto alla stazione appaltante, al ricorre di determinate circostanze qui verificatesi, l'esclusione automatica da una procedura negoziata e che tale effetto, per il contesto e la limitata durata temporale in cui è stato posto, non possa essere censurato.”*

- **Corte di Cassazione, Sez. III Civile, ordinanza, 18 novembre 2020, n. 26304 - E' nulla la notifica dell'appello al difensore in primo grado già revocato**

Massima

La notifica dell'atto di appello al difensore di primo grado, poi revocato, è nulla ma non inesistente, con conseguente sanabilità della stessa in caso di costituzione in giudizio del destinatario.

Caso di specie

La vicenda sottoposta al vaglio degli Ermellini trae spunto da un atto di citazione, notificato ad una società a responsabilità limitata da parte di due architetti al fine di veder riconosciuto il loro compenso professionale in ragione di alcuni incarichi ricevuti fin dal lontano 1995.

La convenuta società a responsabilità limitata si costituiva regolarmente in giudizio, contestando la domanda degli attori e negando di aver mai conferito a questi ultimi alcun incarico professionale.

Il Tribunale di Matera, dopo aver disposto la CTU sull'operato dei due professionisti, accoglieva la richiesta degli attori, seppur riducendo il *quantum* richiesto.

Ciò posto, la società a responsabilità limitata soccombente in primo grado, impugnava la sentenza innanzi alla Corte d'Appello di Potenza, notificando un regolare atto di citazione in appello ai due architetti, domiciliati presso lo studio dei rispettivi difensori costituiti in primo grado, senza tener conto che uno dei due era stato sostituito in corso di causa.

Ad ogni modo l'appellante faceva seguire una terza notifica al difensore nominato successivamente, seppur oltre il termine breve di cui all'art. 325 c.p.c.

Entrambi gli appellati si costituivano regolarmente in appello.

Tuttavia la Corte d'Appello qualificava come inesistente ed insanabile la notifica effettuata, erroneamente, al difensore originario, poi revocato in corso di causa, rigettando, in rito la domanda proposta nei confronti di uno dei due architetti. La pronuncia viene quindi impugnata con ricorso per cassazione da parte della società a responsabilità limitata soccombente anche in secondo grado. La società articola il proprio ricorso in diversi motivi di impugnazione, il primo dei quali ha ad oggetto il rapporto processuale intercorso con una sola delle due controparti, rispetto alla quale la Corte d'Appello aveva dichiarato inammissibile il gravame, per inesistenza della notifica. Gli altri motivi, invece, attengono al merito della controversia ed investono la ricostruzione del rapporto professionale nei confronti di entrambi gli architetti appellati.

Motivi della decisione

La Cassazione, con la sentenza in commento, ha accolto il primo motivo di ricorso sulla base della recente evoluzione giurisprudenziale intervenuta in tema di nullità ed inesistenza della notifica. La Suprema Corte, infatti, ha specificato che: *“(…) se è vero che effettivamente la notifica al difensore già costituito per il precedente grado di lite, del quale fosse nota la cessazione del mandato, è stata a lungo definita inesistente dalla giurisprudenza di questa Corte (tra le ultime: da Cass. 19/01/2016 n. 759, ovvero da Cass. ord. 11/01/2017 n. 529)”* tuttavia l'orientamento è recentemente mutato, a partire dal 2016, quando è stata pronunciata la sentenza a Sezioni Unite n. 14916/2016.

Infatti, con detta pronuncia la Cassazione ha stabilito che *“(…) è configurabile il vizio dell'inesistenza della notificazione (…), oltre che nel caso di mancanza materiale dell'atto, nelle ipotesi in cui si ponga in essere un'attività priva degli elementi costitutivi essenziali idonei a rendere riconoscibile un atto qualificabile come notificazione, ricadendo ogni altra ipotesi di difformità dal modello legale, nella categoria della nullità”*.

Sostanzialmente, secondo il nuovo orientamento l'inesistenza della notifica è da confinare ai casi in cui essa sia stata meramente tentata ma non compiuta, essendo invece sanabile la notifica che ha raggiunto, comunque, il destinatario.

Il cambio di prospettiva è stato poi ribadito dalla recente ordinanza della Suprema Corte, sempre a

Sezioni Unite, n. 2087 del 30 gennaio 2020, secondo cui la notifica del ricorso all'originario difensore è invalida *“ma tale invalidità integra una mera nullità, suscettibile di sanatoria”*, sia per spontanea costituzione del destinatario, sia a seguito di rinnovazione dell'atto introduttivo, ordinata ai sensi dell'art. 291 c.p.c.

Nel caso di specie, il vizio rilevato dalla Corte d'Appello, pur sussistente, andava inquadrato nella categoria della nullità sanabile, poi di fatto sanata dalla costituzione dell'appellato.

Questo a prescindere dalla spontanea rinnovazione della notifica operata dall'appellante, giudicata ultronea ed irrilevante.

In accoglimento del primo motivo di ricorso, dunque, la Suprema Corte ha quindi cassato la sentenza di appello con rinvio alla stessa Corte territoriale, seppur in diversa composizione, in applicazione del seguente principio di diritto: *“(...) la notifica dell'atto di appello effettuata nei confronti dell'originario difensore poi revocato, anziché in favore di quello nominato in sua sostituzione, non è inesistente, ma nulla, anche ove la controparte abbia avuto conoscenza legale di detta sostituzione, sicché la stessa è sanabile a seguito della costituzione del destinatario della notificazione, quand'anche al solo scopo di eccepire la nullità”*.

- **Corte di Cassazione, Sez. I Civile, 9 novembre 2020, n. 25056 - Se viene eccepita la responsabilità degli amministratori, spetta alla società provare la violazione della diligenza**

Massima

Nel caso in cui i comportamenti degli amministratori che si assumono illeciti non siano in sé vietati dalla legge o dallo statuto, l'onere della prova dell'attore non si esaurisce nella dimostrazione dell'atto compiuto dall'amministratore, investendo anche quegli elementi di contesto dai quali è

possibile dedurre che lo stesso implica violazione del dovere di lealtà e di quello di diligenza. Qualora venga fornita la prova della violazione del dovere, è onere dell'amministratore allegare e provare gli ulteriori fatti che siano idonei ad escludere o ad attenuare la sua responsabilità.

Caso di specie

Il caso ha visto una società per azioni, operante nel settore della produzione e distribuzione di prodotti farmaceutici, proporre un'azione di responsabilità nei confronti del proprio ex amministratore per *mala gestio*.

La società ha lamentato che l'amministratore aveva concesso credito ad una farmacia che però si trovava in una situazione di conclamata grave difficoltà economica.

L'amministratore aveva però continuato a rifornire la cliente di quantitativi sempre più ingenti di merce, vista la fideiussione consegnata dalla moglie del titolare dell'impresa, confidando dunque erroneamente nel fatto che la debitrice si sarebbe ripresa grazie ai ritardati rimborsi da parte delle ASL.

La situazione non era però migliorata, anzi la farmacia veniva dichiarata fallita con conseguente causazione di una considerevole perdita patrimoniale per la società.

Il Tribunale adito ha pertanto accolto la domanda proposta dalla società per azioni, condannando l'amministratore al risarcimento del danno.

La Corte di Appello, in parziale riforma della sentenza di prime cure, ha escluso la responsabilità dell'amministratore per inadempienze diverse rispetto a quelle consistenti nella violazione della normativa tributaria anch'esse contestate nel corso del giudizio.

Il Giudice del merito ha evidenziato che, nell'atto introduttivo del giudizio, la società per azioni si era limitata a descrivere l'operazione conclusa con la farmacia senza alcun riferimento al contesto complessivo dell'iniziativa medesima che avrebbe dovuto evidenziare il difetto di diligenza e suggerire il comportamento alternativo che era lecito attendersi dall'amministratore.

La società per azioni non aveva altresì formulato alcuna deduzione sulla situazione di decozione della farmacia e sulla possibilità dell'amministratore di rendersene conto, spiegando che i ritardati rimborsi delle ASL potevano aver indotto l'amministratore alla prosecuzione dell'approvvigionamento.

Il Giudice di appello ha inoltre conferito rilievo alla prestazione di garanzia personale da parte della moglie del titolare della farmacia per il debito.

Non poteva dunque ritenersi che l'amministratore fosse stato poco accorto nel condurre l'operazione in assenza di una prova della sicura riconoscibilità della situazione di decozione della farmacia ed in mancanza di prova della incapienza del patrimonio del garante con riferimento al debito assunto.

La società per azioni ha dunque proposto ricorso per cassazione, lamentando in particolare la violazione e l'errata applicazione dell'art. 2392 c.c. e dell'art. 2697 c.c. in materia di responsabilità per colpa dell'amministratore.

La ricorrente ha infatti contestato che il Giudice d'appello, facendo un uso non corretto della giurisprudenza di legittimità con riferimento agli elementi di contesto, avrebbe erroneamente applicato le regole che informano la responsabilità degli amministratori di una società per azioni per *mala gestio*.

Il Giudice di appello avrebbe infatti disapplicato i principi generali in materia di colpa contrattuale degli amministratori ed ignorato che la particolare gravità della colpa e del danno arrecato alla società avrebbe richiesto una rigorosa prova di non colpevolezza, trascurando di considerare che il rapporto con la farmacia presentava profili di assoluta anomalia.

Motivi della decisione

La Suprema Corte ha in primo luogo premesso che risultava non concludente ai fini del giudizio il problema della mancata prova della conoscenza della situazione di decozione della impresa.

Gli Ermellini hanno infatti evidenziato che la responsabilità dell'amministratore per la ragguardevole esposizione debitoria maturata dalla farmacia nei confronti della società per azioni non postulava la conoscenza o la conoscibilità dell'insolvenza dell'obbligato ben potendosi delineare in presenza di indici di *mala gestio*.

La Cassazione ha ricordato che l'azione proposta dalla società per azioni si era basata sul fatto che l'amministratore aveva tenuto una condotta avventata in quanto aveva manifestato tolleranza verso gli inadempimenti della farmacia, continuando a rifornire il cliente di quantitativi ingenti di merce, sebbene fosse nota sia la situazione di difficoltà finanziaria dell'impresa sia l'incremento esponenziale del debito.

La ricorrente aveva quindi prospettato una responsabilità dell'amministratore basata sulla irragionevolezza e anormalità della abnorme apertura di credito fatta ad un soggetto in palese difficoltà.

Su tale punto, la Corte di Appello non aveva negato né il dato relativo alla rapida crescita della esposizione debitoria dell'impresa né che fosse conosciuta la situazione di difficoltà finanziaria della stessa, ma aveva preso in considerazione l'assunto per cui i ritardati rimborsi da parte delle ASL avrebbero potuto indurre l'amministratore a continuare ad approvvigionare il cliente.

Non è stato quindi confutato nel corso del giudizio di merito che la condotta posta in essere dall'amministratore presentasse connotati di anomalia, essendo stata formulata una semplice supposizione quanto alle motivazioni che potevano aver spinto lo stesso a mantenere nel tempo una condotta imprudente.

Si trattava tuttavia di una supposizione che, secondo la Suprema Corte, è priva del carattere della autosufficienza sul piano motivazionale in considerazione del fatto che il Giudice d'appello ha successivamente posto l'accento anche sulla questione della garanzia personale assunta dalla moglie del titolare dell'impresa.

La Corte di Appello non avrebbe dunque tenuto conto della sussistenza della garanzia quale cautela ottenuta per far fronte ad un inadempimento del debitore principale se la condotta dell'amministratore fosse stata da considerare non censurabile ed improntata a diligenza.

La Cassazione ha rammentato che non può essere imputato all'amministratore di una società, a titolo di responsabilità, di aver compiuto scelte inopportune dal punto di vista economico, atteso che una tale valutazione attiene alla discrezionalità imprenditoriale e può pertanto eventualmente rilevare come giusta causa di revoca, ma non come fonte di responsabilità contrattuale nei confronti della società.

Il giudizio sulla diligenza dell'amministratore nell'adempimento del proprio mandato non può mai infatti investire le scelte di gestione o le modalità e circostanze di tali scelte, anche se presentano profili di rilevante alea economica, ma solo la diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente i margini del rischio connessi all'operazione da intraprendere, e quindi, l'eventuale omissione di quelle cautele, verifiche ed informazioni normalmente richieste per una scelta

di quel tipo, operata in quelle circostanze e con quelle modalità.

La Cassazione ha ricordato altresì che la natura contrattuale della responsabilità degli amministratori e dei sindaci verso la società comporta che questa abbia soltanto l'onere di provare la sussistenza delle violazioni ed il nesso di causalità fra queste ed il danno verificatosi, mentre incombe sugli amministratori e sindaci il dovere di dimostrare la non imputabilità del fatto dannoso, fornendo la prova positiva, con riferimento agli addebiti contestati dell'osservanza dei doveri e dell'adempimento degli obblighi loro imposti.

Nel caso in cui venga contestato l'omesso adempimento da parte dell'amministratore dell'obbligo di diligenza, chi agisce in giudizio deve, in sostanza, fornire la prova di quegli elementi di contesto dai quali è possibile inferire la violazione del dovere previsto dall'art. 2392 c.c.

La Cassazione ha dunque ritenuto che la Corte di Appello non aveva rispettato le regole previste in materia di ripartizione dell'onere della prova.

Secondo quanto affermato dagli Ermellini, l'onere di fornire la prova degli elementi di contesto inerisce al fatto costitutivo dedotto in lite rappresentato dall'illecito dell'amministratore.

Parte attrice adempie a tale onere probatorio, dando dimostrazione di quelle condotte che, nella particolare contingenza, denotano l'inosservanza del dovere di lealtà o diligenza.

Nel momento in cui la prova viene acquisita nel processo, spetta all'amministratore evocato in giudizio allegare e provare gli ulteriori fatti, consistenti in cautele, informazioni e verifiche, che sono idonee ad escludere od attenuare la sua responsabilità colpevole.

L'amministratore, in caso contrario, sarebbe totalmente dispensato dell'onere di provare la non imputabilità del fatto dannoso in deroga a quanto prescritto dall'art. 1218 c.c. e parte attrice, a fronte del conclamato inadempimento del debitore, sarebbe tenuta a dare positiva dimostrazione di tutte le circostanze che in via ipotetica ed astratta si rivelino idonee a comprovare ulteriori profili di negligenza del soggetto obbligato.

La Cassazione ha in conclusione affermato che il Giudice di appello ha errato in quanto ha implicitamente riconosciuto che la condotta posta in essere dall'amministratore era negligente e quindi produttiva di responsabilità, ma successivamente aveva riversato sulla società attrice le conseguenze della mancata prova della incapacità del

fideiussore, visto che incombeva sull'amministratore l'onere di dover dimostrare che il danno non gli era imputabile, avendo procurato la garanzia di un soggetto solvibile. La Cassazione ha quindi accolto il motivo di ricorso e cassato la sentenza con rinvio.

DELIBERE E COMUNICATI

CONTRATTI
PUBBLICI E DIRITTO
AMMINISTRATIVO**➤ AUTORITÀ NAZIONALE
ANTICORRUZIONE - Comunicato
del Presidente del 11
novembre 2020 in materia di
project financing**

Il Comunicato del Presidente dell'ANAC del 11 novembre 2020 ha ad oggetto *l' "Obbligo di concludere le procedure di gara avviate mediante project financing mediante provvedimento espresso"*.

Detto Comunicato si è reso necessario in quanto è emerso che, nell'ambito dell'ordinaria attività di vigilanza sugli affidamenti mediante project financing, nonostante il sempre maggior interesse del mercato verso gli strumenti di PPP, talune procedure di gara si concludono senza l'assegnazione dell'affidamento.

Oltretutto, è stato rilevato che l'amministrazione, mentre in un primo momento esprime al mercato l'interesse pubblico alla realizzazione di un certo progetto mediante un provvedimento espresso, nel seguito non dà atto in modo espresso dell'intenzione di abbandonarne l'attuazione, lasciando così in taluni casi incerte le aspettative del mercato rilevante, disattendendo l'obbligo di legge di concludere ogni procedimento amministrativo nei tempi prescritti e con un provvedimento motivato. Tale fenomeno assume una peculiare connotazione nell'ambito del project financing avviato su iniziativa di un operatore economico privato (promotore), ai sensi dell'art. 183, co. 15, del d.lgs. 50/2016.

Nei suddetti casi, il progetto approvato dall'amministrazione aggiudicatrice è posto a base di una gara, alla quale è invitato anche il promotore; a quest'ultimo sono riconosciuti sia obblighi che diritti proporzionati agli investimenti tecnici ed economici posti in essere - che si sostanziano, rispettivamente, nell'obbligo di partecipazione e di prestazione della cauzione provvisoria, e nel diritto di prelazione e rimborso del 2,5% del valore dell'investimento in caso di aggiudicazione ad un operatore economico della gara

avviata sulla base del progetto presentato dal promotore.

Quanto emerso deve essere letto alla luce di un consolidato orientamento giurisprudenziale, recentemente confermato (cfr. sent. Consiglio di Stato, V, 23 giugno.2020, n. 4015 ma anche Consiglio di Stato, V, n. 820 del 4.2.2019) che, per un verso, afferma la ampia discrezionalità dell'amministrazione nel compiere le scelte qualificanti la finanza di progetto e, per altro verso, ritiene che tali scelte debbano essere rispettose dei principii di correttezza e lealtà, oltre che legittime.

Ebbene, proprio in ragione di ciò, *“appare opportuno che la legittima intenzione di non proseguire un certo progetto sia espressa in un provvedimento adeguatamente pubblicizzato, al fine di rendere le scelte dell'amministrazione trasparenti, verificabili ed eventualmente contestabili nelle opportune sedi da parte degli operatori economici, in una fisiologica contrapposizione tra la cura dell'interesse pubblico e il perseguimento di quello privato. Tanto più è necessario offrire tale garanzia al mercato allorquando, a fronte di proposte positivamente valutate dall'amministrazione, quest'ultima successivamente ponga in essere conseguenti procedure di gara viziate o comunque inadeguate a garantire l'affidamento del progetto”*.

Pertanto, sussiste la necessità di garantire la correttezza, oltre che la legittimità, delle determinazioni in materia di finanza di progetto, e al contempo consolidare la credibilità ed aumentare la diffusione di tale strumento, quale preziosa risorsa il Paese.

Ciò posto, in considerazione dell'impegno del promotore ed alla luce dei principii di trasparenza, correttezza, legittimo affidamento, economicità dell'azione amministrativa (cristallizzati nell'art. 30, d.lgs. 50/2016), si richiama l'attenzione delle amministrazioni sulla necessità che la procedura di gara per l'affidamento di un project financing ad iniziativa privata, ove non aggiudicata, sia comunque conclusa da un provvedimento espresso tempestivo nel quale si dia contezza delle ragioni che hanno determinato la mancata aggiudicazione e delle conseguenti iniziative che l'amministrazione intende intraprendere, anche in coerenza con l'art. 183 del d.lgs. n. 50 del 2016.

LEAP

NEWSLETTER

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

© Copyright 2020 | Lipani Catricalà & Partners